

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le champ d'application

Nihoul, Marc

Published in:

La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique

Publication date:

2005

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nihoul, M 2005, Le champ d'application. Dans M Nihoul (Ed.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*. Projucit, La Chartre, Bruxelles, p. 14-86.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LE CHAMP D'APPLICATION

par

Marc NIHOUL

*Chargé de cours et directeur du centre PROJUCIT (F.U.N.D.P. de Namur)
Avocat au barreau de Bruxelles (Beckers et associés)*

INTRODUCTION

1. Le champ d'application d'une loi est souvent perçu comme une question d'ordre technique, à la fois complexe et capitale sur le plan pratique. Il l'est, certes, mais il est également fondamental d'un autre point de vue : du point de vue politique, c'est-à-dire celui des idées, ainsi que sur le plan éthique et moral. Le champ d'application d'une loi révèle en effet souvent les limites d'un raisonnement au niveau des principes.

Tel est particulièrement le cas en ce qui concerne les grandes réformes parmi lesquelles il faut compter, de toute évidence, celle initiée par la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales comme « principe fondamental »¹ en droit belge. En témoigne le foisonnement d'articles et commentaires sur le sujet, surtout les premières années². Oser franchir le seuil d'une fiction anthropologique aussi étrangère au caractère intimement humaniste et subjectif du droit pénal n'était pas une mince affaire, même lorsqu'on est poussé dans le dos par le Conseil de l'Europe³. Ce fut pourtant la voie choisie – en tout cas empruntée – par le législateur fédéral belge, il y a de cela maintenant cinq années. Le champ d'application de la loi révèle aussi bien les contours que les limites de la réforme ...

2. La première question généralement posée à propos d'une nouvelle loi pénale est la question de son application dans le temps. La loi du 4 mai 1999 n'y fait pas exception. Deux autres questions sont plus spécifiques à la législation étudiée. Elles concernent le champ d'application de la loi en ce qui concerne, premièrement, les personnes, et deuxièmement, les infractions⁴. Avec le recul, ces trois questions méritent d'être abordées sous un angle commun.

¹ Proposition de loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/1, p. 10 et n° 1-1217/6, p. 14.

² V. la bibliographie proposée en fin d'ouvrage.

³ Dans les travaux préparatoires, il est expressément indiqué que « le gouvernement a longuement travaillé sur un avant-projet de loi relatif à l'instauration de la responsabilité pénale des personnes morales. Cet avant-projet visait à mettre en œuvre les recommandations R (81)-12 et R(88)-18 aux Etats membres, formulées par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe au sujet de la criminalité des affaires et de la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises à l'occasion de l'exercice de leurs activités » (Proposition de loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/6, p. 5).

⁴ Sur le champ d'application *ratione loci*, v. la contribution de D. VANDERMEERSCH.

Cet angle d'approche commun est dicté par le postulat fondamental qui sous-tend le dispositif légal dans son ensemble. Il s'agit de *l'assimilation pure et simple de la personne morale à la personne physique*. Cette philosophie de base, plusieurs fois affirmée au cours des travaux préparatoires⁵, n'est pas sans poser plusieurs difficultés de fond considérables.

Ces difficultés sont préoccupantes parce que le temps où le législateur était tout puissant est aujourd'hui révolu. La Cour d'arbitrage et la Cour européenne des droits de l'homme veillent désormais au grain constitutionnel et international, de telle manière qu'on ne peut plus véritablement affirmer aujourd'hui que « l'imagination est au pouvoir ». Aujourd'hui, le législateur ne fait plus ce qu'il veut et une épée de Damoclès est suspendue au-dessus du dispositif imaginé par lui en 1999. Sur un point ou sur un autre, l'édifice finira sans doute par être secoué, peut-être même bien jusqu'à s'en trouver ébranlé ...

⁵ Proposition de loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/1, p. 2 et n° 1-1217/6, p. 6 : « assimiler, dans la plus large mesure possible, les personnes morales aux personnes physiques ». En effet, « (...) les rédacteurs de la présente proposition conçoivent la personne morale comme une réalité sociale qui peut commettre une faute pénale propre et doit donc aussi pouvoir être tenue responsable sur le plan pénal. Contrairement à l'approche qui semble être à la base de l'avis du Conseil d'État, il n'est donc pas recouru au modèle-fiction, modèle selon lequel la personne morale est purement considérée comme une collectivité de personnes physiques individuelles. C'est aussi la raison pour laquelle la responsabilité pénale de la personne morale n'a pas été considérée, dans la présente proposition, comme une responsabilité dérivée qui ne pourrait donner lieu à des poursuites et à une condamnation qu'en cas de preuve de la commission d'une infraction par une personne physique individualisée au sein de la personne morale, dont le comportement peut être imputé à la personne morale. Il s'ensuit que la distinction invoquée par le Conseil d'État entre l'imputation légale et matérielle des infractions à leur auteur n'est pas pertinente. Il doit néanmoins être clair qu'une condamnation pénale d'une personne morale pour une infraction doit toujours être fondée sur la présence simultanée des éléments matériel et intentionnel de l'infraction. (...) le caractère innovant de cette proposition réside justement dans le choix d'un modèle dans lequel la personne morale en soi est considérée comme une entité responsable pénalement ».

APERÇU

3. Abordons successivement les trois dimensions du champ d'application de la loi en focalisant d'abord l'attention sur l'article 5 du Code pénal qui constitue le siège légal de la responsabilité pénale des personnes morales.

« *Toute personne morale* », indique d'entrée de jeu le législateur fédéral, sans préciser ce qu'il faut entendre par personne morale.

« *Toute personne morale est pénalement responsable des infractions* », poursuit-il toujours sans autre précision concernant ces infractions, si ce n'est pour préciser les conditions dans lesquelles elles pourront être imputées à la personne morale⁶. « *Toute infraction* », autrement dit, est susceptible de faire l'affaire.

« *Toute personne morale* » et « *toute infraction* », voilà qui confirme apparemment le postulat de départ qui est celui de l'assimilation complète de la personne morale à la personne physique sur le plan de la responsabilité pénale. Encore faut-il se demander pourquoi cette assimilation ? Par souci de clarté ? Ou pour éviter les problèmes, en évitant soigneusement de les anticiper⁷ ?

4. Les mauvaises langues ne manqueront pas d'observer qu'en fin de législature, c'était la voie la plus rapide⁸, mais aussi la voie la plus simple⁹,

⁶ Elles « doivent être intrinsèquement liées à la réalisation de l'objet de la personne morale ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte ». En écrivant cela, le législateur entre déjà dans les conditions de la responsabilité pénale de la personne morale et du lien qui doit exister entre l'infraction et la personne morale ; il sort, autrement dit, du champ d'application de la loi *sensu stricto* et de la question de savoir quel type d'infractions peut entraîner la responsabilité de la personne morale. V. sur ce point la contribution suivante d'A. MISONNE.

⁷ On songe en particulier, à cet égard, au champ indéfini des infractions susceptibles d'entraîner la responsabilité pénale des personnes morales.

⁸ Il faut rappeler que tout a été très vite en ce qui concerne le processus législatif et que la loi est restée conforme, sur ces deux points précis, au projet initial, ensuite à la proposition déposée, qui n'ont quasi pas changé au gré des travaux parlementaires. Tel est également le cas de la liste des associations ou sociétés assimilées à des personnes morales par l'alinéa 3 de l'article 5 du Code pénal, ou encore de la liste des collectivités publiques exonérées par l'alinéa 4 de la même disposition. Cette dernière liste a seulement été complétée par les organes territoriaux intracommunales et, en 2002, par les zones pluricommunales.

⁹ Il est difficile de repousser définitivement l'idée selon laquelle l'assimilation complète est la voie la plus simple, surtout lorsqu'on a pas tout à fait les idées claires sur la

de légiférer en la matière ; une solution de facilité, autrement dit, dont les inconvénients n'apparaissent que plus tard, à l'épreuve des faits. En perdant de vue qu'un jour ou l'autre le législateur est alors contraint de rectifier le tir dans un dossier qui lui revient par une sorte d'effet boomerang. En l'occurrence, la difficulté était de taille et la règle vraisemblablement trop simple pour constituer une réponse adéquate.

Sur le plan des principes, il faut d'abord composer avec l'évidence. Assimiler personnes morales et personnes physiques peut paraître une bonne idée, *a priori*, encore qu'elle résiste difficilement à l'analyse, spécialement à la confrontation avec les principes d'égalité et de non-discrimination, ce qui finit quasi toujours par arriver ... Ces principes n'ont en effet pas pour seule portée une portée négative, mais aussi une portée positive qui peut conduire à conclure que deux catégories de personnes se trouvant dans des situations distinctes doivent être traitées différemment ... que l'assimilation pure et simple de la personne morale à la personne physique n'est pas (toujours¹⁰) acceptable, autrement dit ... d'autant que la

portée du texte que l'on veut adopter. En France, sur le même sujet, certains auteurs avaient déjà fait remarquer, au début des années nonante, que l'« On ressent vivement ce manque de réflexion tant sur la finalité que sur les idées directrices d'une responsabilité pénale des personnes morales ». V. C. HENNAU, G. SCHAMPS et J. VERHAEGEN, « Indispensable responsabilité de l'entreprise, inacceptable culpabilité collective. A propos de l'avant-projet de loi belge relative à la responsabilité pénale des personnes morales », *J.T.*, 1998, p. 567 et note 52.

¹⁰ En matière d'excusabilité et de faillites, par exemple, la Cour d'arbitrage a récemment considéré que « Le souci de permettre « un nouveau départ » peut, sans violer le principe d'égalité, être réservé aux personnes physiques » (C.A., n° 114/2004, 30 juin 2004, B.4.7). Selon la Cour, « A la différence de la personne physique, qui reste sujet de droit à l'issue de la déclaration de faillite, la personne morale peut être dissoute » (B.4.6). En outre, « Si une personne physique peut se trouver exclue du circuit économique parce que la charge de ses dettes la dissuade de recommencer une activité commerciale, il n'en est pas de même d'une personne morale puisque, après sa faillite, son fonds de commerce peut faire l'objet d'une cession » (B.4.7). Il en résulte que l'inexcusabilité des personnes morales faillies n'est pas discriminatoire.

Il est piquant de constater que le législateur, deux sessions parlementaires plus tard que celle durant laquelle la responsabilité pénale des personnes morales a vu le jour (mais certes entre-temps renouvelé ...), justifiait sa décision finale d'exclure les personnes morales du bénéfice de l'excusabilité en considérant qu'« Instaurer une excusabilité pour les sociétés n'a pas de sens, étant donné que l'on peut difficilement prêter certaines qualités morales à une individualité juridique. Cette notion est donc essentiellement liée aux personnes physiques. Le fait que le projet prévoit qu'une société peut être déclarée excusable si elle offre la garantie de «pouvoir efficacement s'engager dans des activités économiques nouvelles» n'y change rien » (B.4.4) ... V. dans le même sens, C.A., n° 169/2004, 28 oct. 2004, B.4.4 et B.4.7.

spécificité de la délinquance résultant de l'activité des personnes morales est précisément à la source des initiatives législatives en la matière¹¹.

Pour l'heure, on retiendra seulement que le législateur n'a pas fait dans le détail. Ni en ce qui concerne les personnes, ni en ce qui concerne les infractions. Soit les deux premières dimensions abordées successivement,

A noter, enfin, que l'article 86 du Code pénal prévoit l'extinction des peines par la mort du condamné, mais pas par la perte de la personnalité juridique de la personne morale, consécutivement à la loi du 4 mai 1999 ... En outre, dans l'arrêt C.A., n° 75/2004 du 5 mai 2004 (*Rec.*, 2004, p. 855), le Conseil des Ministres prétendait devant la Cour d'arbitrage que, malgré la tentative d'assimilation « autant que possible », le législateur a bien dû élaborer un système particulier de responsabilité pénale des personnes morales répondant à une logique propre, distincte de la logique de la responsabilité pénale des personnes physiques, dès lors la personne morale est irréductiblement une entité juridique et donc une personne abstraite qui diffère fondamentalement d'une personne physique (A.2). Ce à quoi la Cour a répondu que « Le régime litigieux porte sur l'imputabilité d'infractions en cas de cumul de responsabilités pénales entre la personne physique et la personne morale, considérées toutes deux comme capables de commettre une faute. Cette règle est dès lors comparable à l'imputation d'infractions en cas de cumul d'auteurs qui ont tous cette qualité de personne physique » (B.4). C'est uniquement « En ce qu'elle instaure une cause d'excuse absolutoire à l'égard des personnes qui ont commis une infraction involontaire en même temps qu'une personne morale, (que) la mesure en cause fait naître une différence de traitement à l'égard des personnes qui ont commis une infraction involontaire en même temps qu'une personne autre qu'une personne morale » (B.7). Cette norme a été jugée non discriminatoire car destinée à éviter de condamner systématiquement la personne morale et la personne physique (B.8), dans ce dernier cas de manière quasi objective s'agissant des dirigeants de personnes morales, auparavant condamnés pour des infractions qu'ils ne commettaient pas matériellement, mais auxquels ces infractions étaient imputées en raison de la position qu'ils occupaient au sein de la personne morale (B.6.3).

Rem. aussi l'argumentation des demandeurs *in Cass.*, 30 avr. 2002, *R.W.*, 2002-03, p. 748 et note P. POPELIER, seconde branche du second moyen : « une société ne peut agir que par l'intermédiaire d'une personne physique (...), dès lors la société ne peut jamais parvenir à commettre des fautes plus graves que celles commises par les personnes physiques qui ont posé les actes » (les infractions commises par une personne physique et une personne morale doivent être identiques pour entraîner la comparaison des fautes stipulée à l'alinéa 2 de l'article 5 du Code pénal). Dans le même ordre d'idées, comment une personne morale, par exemple, peut-elle invoquer une erreur de droit invincible autrement qu'à travers les personnes physiques agissant pour son compte (et sauf à constituer une sérieuse discrimination, également s'agissant d'autres causes de non imputabilité comme la contrainte irrésistible voire le trouble momentané de discernement ...) ? Rapp. A. MISONNE, ci-dessous.

¹¹ V. sp. F. DERUYCK, « Pour quand la responsabilité pénale des personnes morales en droit pénal belge ? », *J.T.*, 1997, pp. 697 à 704 ; C. HENNAU, G. SCHAMPS et J. VERHAEGEN, *o.c.*, *J.T.*, 1998, p. 561.

avant de terminer par l'application dans le temps de la loi du 4 juin 1999 à propos de laquelle celle-ci reste, cette fois, parfaitement silencieuse.

TITRE I. - LES PERSONNES MORALES

5. L'étude de la jurisprudence livre peu d'enseignements, à l'heure actuelle, concernant le champ d'application de la loi relatif aux personnes. Sur le principe même, seule une question a été tranchée par la Cour d'arbitrage. Elle concerne la conformité de l'immunité pénale des collectivités publiques aux principes d'égalité et de non-discrimination. Quant aux statistiques élaborées à partir des données concrètes de la jurisprudence collectée, elles indiquent seulement qu'en pratique, les personnes concernées sont exclusivement des personnes morales nanties de la personnalité juridique ... surtout des sociétés anonymes et des sociétés de personnes à responsabilité limitée¹² ... à tel point qu'il est permis de s'interroger sur l'opportunité qu'il y avait d'étendre la responsabilité pénale à d'autres organismes dépourvus de personnalité morale ...

Ainsi, la principale difficulté, *ratione personae*, ne concerne pas tant l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques mais plutôt, et au contraire, d'une part, l'assimilation aux personnes morales, au second degré, d'autres groupements ou associations normalement dépourvus de personnalité juridique, et, d'autre part et à l'inverse, l'exclusion de certaines personnes morales de celles pourtant *a priori* visées par la loi puisque, pour mémoire, la loi instaure sans nuance la responsabilité pénale des personnes morales au sens large ; il s'agit, en principe, de collectivités publiques.

L'assimilation procède de l'alinéa 3 de l'article 5 du Code pénal qui stipule que « *Sont assimilées à des personnes morales : les associations momentanées et les associations en participation ; les sociétés visées à l'article 2, alinéa 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, ainsi que les sociétés commerciales en formation ; les sociétés civiles qui n'ont pas pris la forme d'une société commerciale* ».

L'exclusion procède du dernier alinéa 4 de l'article 5 au terme duquel, à l'inverse, « *Ne peuvent pas être considérées comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article : l'Etat*

¹² V. les statistiques présentées plus loin dans l'ouvrage et, déjà à l'époque, I. HAMER et A. DELANNAY, *o.c.*, 2001, p. 27.

fédéral, les régions, les communautés, les provinces, l'agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunales, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale ».

6. Au nom de l'autonomie du droit pénal¹³, la loi du 4 juin 1999 crée de la sorte une « personnalité juridique pénale » sur mesure tantôt accordée « à des personnes morales qui n'en disposent pas au plan civil »¹⁴, tantôt refusée ou exclue s'agissant de personnes morales pourtant soumises à la responsabilité civile.

Rapproché de la philosophie de base de la loi, ce « phénomène de marée » qui emporte avec elle d'autres groupements que les personnes morales et dépose en retour, sur les berges de l'immunité, une catégorie privilégiée de personnes morales, est difficilement justifiable ; il participe d'une sorte de schizophrénie dont on veut pour preuve que tout et son contraire est justifié par le principe d'égalité dans les travaux préparatoires. L'on commence par traiter de la même manière les personnes physiques et les personnes morales pour éviter toute discrimination ... L'on étend, ensuite, le champ d'application de la loi à certains groupements de manière à éviter de discriminer les personnes morales par rapport à ces groupements, au point de se demander si le critère de la personnalité morale était bien le bon critère ... Et l'on finit, dans le sens contraire, par immuniser une série de collectivités publiques ... dont on étend aussitôt la liste par souci d'égalité entre elles, bien entendu, et ce même si, en réalité, les collectivités ajoutées ne satisfont pas toutes au critère qui justifiait de les immuniser ...

¹³ Pour justifier des écarts commis par rapport au concept traditionnel de personne morale, certains parlementaires ou délégués du ministre de la justice de l'époque ont en effet invoqué le fait que le droit pénal se veut souvent autonome par rapport aux autres disciplines juridiques (v. S.L.C.E., avis du 5 oct. 1998 annexé au Rapport, *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/6, p. 125). L'autonomie purement théorique – c'est-à-dire l'autonomie pour l'autonomie – est pourtant vaine, surtout lorsqu'on sait que c'est d'ordinaire le même législateur qui règle les différentes disciplines juridiques. Seule « l'autonomie de la volonté » du législateur compte réellement, en réalité. Elle s'apprécie en fonction de l'objectif concrètement poursuivi, que le législateur se doit par ailleurs de justifier dès lors qu'il s'écarte partiellement du concept traditionnel de personne morale, d'autant que la philosophie de base annoncée était celle de l'assimilation. Les principes d'égalité et de non-discrimination l'imposent formellement : « il appartient à l'auteur du projet de justifier objectivement cette différence de traitement », rappellera avec raison la section de législation du Conseil d'Etat (*ibid.*).

¹⁴ *Ibid.*

On le voit : arrêter des critères objectifs est une chose ; les utiliser à bon escient en est une autre. Tout ceci manque de sérieux. Le sophisme est la règle et les motifs de censure par la Cour d'arbitrage sont nombreux. A condition, évidemment, que la Cour d'arbitrage prenne ses responsabilités, ce qui n'a pas été le cas, il faut bien le dire, dans un arrêt n° 128/2002 du 10 juillet 2002¹⁵. Sans trahir le secret des délibérations de la Cour, il paraîtrait, d'ailleurs, que la réponse de la Cour n'ait pas fait l'unanimité du siège ...

7. Dans l'affaire n° 128/2002, la Cour d'arbitrage était interrogée sur la question préjudicielle de savoir si une S.P.R.L. poursuivie dans le cadre de ses activités de brasserie n'est pas discriminée dès lors que des personnes morales de droit public pourraient être engagées dans des activités similaires sans risquer d'être poursuivies pénalement.

Dans son arrêt, la Cour aborde la question de l'immunité pénale des collectivités publiques d'un point de vue plus général et met en exergue le critère objectif avancé par le législateur pour la justifier, à savoir que les personnes concernées disposent toutes d'un *organe élu démocratiquement*. La Cour avale ce critère de l'organe élu démocratiquement et va même plus loin que le législateur : la responsabilité pénale des personnes morales de droit public concernées comporterait « plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique ».

Selon la Cour, en effet, « Les personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal ont la particularité d'être principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, de disposer d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique » (B.7.5, deuxième paragraphe, première phrase). Cela signifie, complémentaiement, que « Le législateur a pu raisonnablement redouter, s'il rendait ces personnes morales pénalement responsables, d'étendre une responsabilité pénale collective à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que

¹⁵ Rec., 2002, p. 1561 ; A.P.M., 2002 (abr.), p. 151 ; J.D.S.C., 2003, p. 267, obs. M.-A. DELVAUX, « L'éventuelle inconstitutionnalité de la loi du 4 mai 1999 » ; J.L.M.B., 2003, p. 54 ; R.W., 2002-03, p. 857 ; R.D.P.C., 2003, p. 887 (extrait) et M. NIHOUL, « L'immunité pénale des collectivités publiques est-elle constitutionnellement correcte ? », R.D.P.C., 2003, pp. 799 à 839.

d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique » (B.7.5, deuxième paragraphe, seconde phrase). Bref, en conclusion : « Il s'ensuit que, en excluant des personnes morales de droit public du champ d'application de l'article 5 du Code pénal et en limitant cette exclusion à celles qui sont mentionnées à l'alinéa 4 de cet article, le législateur n'a pas accordé à celles-ci une immunité qui serait injustifiée » (B.7.6).

8. « Plus d'inconvénients que d'avantages ». Dans son arrêt, la Cour mentionne en réalité un seul inconvénient et aucun avantage. Certes, en bonne arithmétique, cela fait toujours plus d'inconvénients que d'avantages ... mais peut-on accepter sans broncher que la Cour d'arbitrage consacre ainsi l'immunité pénale des collectivités publiques au nom d'un principe qui n'est autre, en réalité, que celui de la responsabilité politique exclusive de toute responsabilité pénale ? C'est-à-dire celui de la séparation des pouvoirs, que l'on croyait banni depuis longtemps en jurisprudence en ce qui concerne la responsabilité en général ?

Une telle régression vers ce que l'on pourrait qualifier « l'ancien régime juridique et juridictionnel du pouvoir politique » est inacceptable, à l'aube du troisième millénaire, au moment précis où la Cour de cassation s'apprête à consacrer la responsabilité de l'Etat du fait de son législateur, sur un mode identique à celle du fait de l'administration ou du juge. Une telle position, cela dit en passant, est aussi le signe d'une incroyable méfiance à l'égard du juge pénal, comme si celui-ci était en réalité étranger à l'Etat ou n'était pas en mesure de faire la part des choses entre un débat juridique et un débat politique ... et le signe d'une incroyable confiance, à l'inverse, dans la responsabilité politique comme mode de résolution des conflits ... dans un régime pourtant qualifié par les parlementaires eux-mêmes de « *particratie* »¹⁶ ...

¹⁶ A. DE STEXHE, A. ERALY et E. GILLET, *o.c.*, 2003, dont le titre est, pour mémoire, *Démocratie ou particratie ?* ...

9. Dans un article paru l'année passée dans la célèbre revue de droit pénal et de criminologie¹⁷, votre serviteur a montré en détails que

¹⁷ M. NIHOUL, *o.c.*, *R.D.P.C.*, 2003, pp. 799 à 839, sp. pp. 822 à 833. La doctrine néerlandophone est abondante sur le sujet, mais ignorée par la Cour d'arbitrage. *Adde* entre-temps l'article engagé de P. VAN DEN BON, « De beperkte strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de publiekrechtelijke rechtspersoon wegens niet-naleving van de wet inzake het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk », *R.W.*, 2002-03, pp. 1210 à 1216 (l'auteur ne se prononce toutefois pas à l'égard de l'arrêt n° 128/2002 de la Cour d'arbitrage qu'il passe sous silence) ; B. BILQUIN et A. BRAEM, *in o.c.*, 2003, n° 14, p. 99 dans le sens d'une « motivation qui relève plus (...) de la position de principe que de la construction habituelle d'un argumentaire juridique » ; P. WAETERINCKX, *in o.c.*, 2003, pp. 194 à 203 ; S. ROMANIELLO et P. WAETERINCKX, *in* J. VAN STEENWINCKEL et P. WAETERINCKX (éd.), *o.c.*, 2^e éd., 2004, pp. 36 à 38. Rem. cep. M.-A. DELVAUX, *o.c.*, *J.D.S.C.*, 2003, p. 275 en faveur de l'arrêt car « Les personnes morales poursuivent un but d'intérêt général et sont soumises au principe de continuité du service public ; elles ne peuvent être paralysées dans leur action par des plaintes intempestives destinées davantage à les déstabiliser qu'à réprimer des comportements infractionnels ». Concernant l'émergence d'un « principe de l'organe démocratiquement élu », évoqué *in R.D.P.C.*, 2003, pp. 809 et 810, et note 16, rem. récemment C.A., n° 89/2004, 19 mai 2004. Dans cet arrêt, la Cour d'arbitrage évoque que « Le caractère propre des assemblées législatives, qui sont élues et détentrices du résidu de la souveraineté, exige que leur indépendance soit garantie » (B.5 et B.12) (il s'agit du critère de la séparation des pouvoirs, autrement dit). Selon la Cour, toutefois, sauvegarder la « liberté d'action des élus » ne requiert pas de priver les fonctionnaires des assemblées législatives de la protection juridique du Conseil d'Etat chargé de vérifier la légalité des actes réglementaires. Une telle privation est discriminatoire et disproportionnée « car l'intérêt protégé par l'institution de ces garanties juridictionnelles est aussi réel et aussi légitime chez les fonctionnaires des assemblées législatives que chez ceux relevant des autorités administratives » (B.5). Toujours selon la Cour, « Il ne peut être remédié à cette situation que par la création d'un recours organisé par l'organe normatif compétent qui puisse envisager des garanties spécifiques assurant l'indépendance des assemblées législatives, consacrée notamment par l'article 60 de la Constitution et les dispositions analogues des lois de réformes institutionnelles » (B.6). L'immunité est ici seulement procédurale et ne concerne pas le fond du droit ... A noter que dans son arrêt n° 31/96 du 15 mai 1996, comparable à celui du 19 mai 2004, la Cour d'arbitrage avait également prescrit le remède d'une intervention du législateur par égard à l'indépendance des assemblées législatives, mais pour « prévoir des garanties spécifiques auxquelles il n'a pas dû veiller lors de l'élaboration des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat » (B.5). Rem. en outre C.A., n° 93/2004, 26 mai 2004, B.5.3 : « Relève des principes de base de la structure démocratique de l'Etat, la règle selon laquelle les assemblées législatives qui sont élues et détentrices du résidu de la souveraineté, disposent dans l'exercice de cette mission de la plus large indépendance. Ce principe a pour effet que lorsque des assemblées législatives posent des actes qui sont liés à leur activité politique ou législative, ces actes peuvent être soustraits au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat » (en l'occurrence la nomination des membres du Collège juridictionnel qui est liée à l'activité politique du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale et est donc d'une nature différente de celle d'un acte administratif du Conseil concernant les membres de son personnel). Rem. encore

1. aucun argument, même traditionnel, ne pouvait justifier une immunité complète des collectivités publiques : ni la séparation des pouvoirs, ni la continuité du service public, ni le critère de l'organe élu ou de la responsabilité politique exclusive de la responsabilité pénale, pas même des arguments moins forts comme celui de l'incompatibilité de l'intervention de l'autorité en tant que procureur et accusé à la fois, celui de la perte de confiance en l'autorité générée dans la population par la responsabilité ou même celui de l'impossibilité de se condamner soi-même ou l'inanité de se payer une amende à soi-même ...

2. immuniser la collectivité publique revient en réalité à protéger la collectivité et non l'homme politique lui-même, que l'on expose au contraire davantage à la contestation pénale, en même temps que la fonction, au lieu de lui réserver un contrôle politique ; à la différence du citoyen ordinaire fonctionnant dans le cadre d'une personne morale ordinaire, l'homme politique ne peut en effet pas s'exonérer de sa responsabilité en invoquant la cause d'excuse absolutoire en cas de négligence et de faute plus grave dans le chef de la personne morale ; tel est également le cas, au demeurant, de tous les fonctionnaires et de l'ensemble du personnel concernés par les trois pouvoirs que cache en réalité chaque collectivité, alors qu'un seul pouvoir est normalement concerné par la responsabilité politique : le pouvoir législatif ...

Dans leur proposition de loi du 12 février 2003 visant une meilleure protection pénale des personnes physiques et morales, aujourd'hui caduque, M. DARDENNE et F. TALHAOUÏ confirment que l'immunité va directement à l'encontre de la caractéristique essentielle d'un Etat de droit, à savoir la soumission de celui-ci, au même titre que les citoyens, au droit en ce compris le droit pénal ». A leur estime, par conséquent, « L'exception doit être d'interprétation très restrictive et il convient donc de réserver l'impunité des autorités énoncées aux quelques cas où elles agissent dans le cadre d'une mission de service public ». En outre, « Le secteur public, lui non plus, ne trouve pas son compte dans cette exclusion. En effet, de par l'impossibilité pour les parquets de citer en justice les conseils communaux, les collèges de bourgmestre et échevins et les autres autorités

C.A., n° 17/2004, 29 janv. 2004, en matière de motivation formelle des actes administratifs pris à l'égard des membres du personnel des assemblées législatives : des décisions dépourvues de caractère politique et ne participant nullement à l'exercice de la fonction législative requérant une garantie d'indépendance (B.6.1).

publiques, les parquets poursuivent systématiquement les mandataires eux-mêmes »¹⁸.

Bref, le dispositif n'est vraiment pas conforme aux principes d'égalité et de non-discrimination et il était envisageable d'éviter l'immunité en aménageant le dispositif au niveau de la sanction des collectivités publiques de manière à tenir compte de son impact non souhaité sur l'ensemble de la population, tout en ménageant l'indemnisation des victimes¹⁹.

10. Certes, il faut être conscient qu'en écrivant cela, c'est en définitive le principe même d'une responsabilité collective qui est contesté et sans doute eût-il mieux convenu d'adapter la sanction pour toutes les personnes morales ... Le législateur lui-même n'est d'ailleurs pas parvenu à faire différemment puisque, s'il souhaitait par principe l'assimilation, il a bien dû se résigner à s'adapter à la réalité des personnes morales, en particulier

¹⁸ *Doc. parl.*, Ch., s.o. 2002-03, n° 50-2287/001, p. 7. *Adde* résumé et pp. 4 et 5. A l'alinéa 4 de l'article 5 du Code pénal, les députées fédérales proposent ainsi de remplacer le mot « Ne » par les mots « Dans la mesure où elles ont agi dans le cadre d'une mission de service public qui leur a été confiée, ne » (p. 8).

¹⁹ M. NIHOUL, *o.c.*, *R.D.P.C.*, 2003, pp. 833 à 836. On connaît en effet la propension des juges du fond à lier les conséquences civiles d'une infraction au sort des prévenus, du point de vue de « la » faute (M. BURTON, in A. JACOBS et A. MASSET (éd.), *o.c.*, 2003, p. 241 concernant les conséquences civiles de la cause d'excuse absolutoire). Sans oublier les avantages, pour les victimes, d'une recherche des preuves par le ministère public et de l'intervention du juge d'instruction permettant certaines mesures coercitives. Le citoyen et la collectivité publique sont rarement égaux devant les procédures. L'immunité pénale des collectivités publiques ne constitue toutefois pas une atteinte à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, concernant le droit (d'accès) à un tribunal impartial, lorsque le citoyen dispose d'une voie raisonnable pour protéger efficacement ses droits garantis par la Convention. Or, en principe, le citoyen dispose effectivement d'un recours d'ordre civil contre la collectivité publique, comparable à celui d'une victime dans le cadre d'une procédure pénale. Concernant l'immunité juridictionnelle relative d'organisations internationales, jugée proportionnelle, v. C.E.D.H., arrêt Beer et Regan c. Allemagne, 18 févr. 1999, req. 28934/95, §§ 58 à 64 ; C.E.D.H., arrêt Waite et Kennedy c. Allemagne, 18 févr. 1999, req. 26083/94, §§ 68 à 74. Concernant celle des Etats : C.E.D.H., arrêt Ashingdane c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, req. 8225/78, §§ 55 à 60 ; C.E.D.H., arrêt Al-Adsani c. Royaume-Uni, 21 nov. 2001, req. 35763/97, §§ 52 à 67 ; C.E.D.H., arrêt Fogarty c. Royaume-Uni, 21 nov. 2001, req. 37112/97, §§ 32 à 39. Rem. aussi concernant celle des magistrats : C.E.D.H., arrêt Ernst et alii c. Belgique, 15 juil. 2003, req. 33400/96, §§ 48 à 57. Et concernant celle des parlementaires : C.E.D.H., arrêt A. c. Royaume-Uni, 17 déc. 2002, req. 35373/97, §§ 73 à 89 ; C.E.D.H., arrêts Cordova c. Italie, 30 janv. 2003, req. 40877/98 et 45649/99, resp. §§ 47 à 66 et 48 à 67.

sur le plan de l'articulation des responsabilités des personnes physiques et morale²⁰ ou encore de certaines sanctions²¹ ...

La solution préconisée est une sorte de compromis permettant de tenir compte de manière plus proportionnée de la nature politique de la collectivité. Aménager la sanction de la collectivité publique permet en effet d'éviter l'outrage du privilège tout en conciliant à la fois le besoin de pérennité de l'Etat, le souci d'indemniser les victimes, le souci de traiter de manière identique l'ensemble du personnel des secteurs publics et privés du point de vue pénal, la nécessité d'assurer l'équilibre du système fédéral en ce qui concerne l'affectation des amendes et même la nécessité de responsabiliser les acteurs. Mais son principal mérite est encore celui de la simplicité : une déclaration de culpabilité sans amendes²² pour une solution plus juste, en tous cas plus proportionnelle, pour toutes les personnes concernées.

11. Il n'y a pas que l'immunité des collectivités publiques qui pose problème du point de vue du principe d'égalité²³ : il y a aussi

1. la liste des collectivités publiques concernées qui comporte des collectivités ne disposant pas d'un organe élu directement, à savoir la plupart des C.P.A.S. et les zones pluricommunales de police depuis 2002, mais (heureusement) pas les intercommunales ... quel imbroglio !

2. la liste comporte plus que des collectivités disposant d'un organe élu directement, mais elle exclut en revanche les collectivités publiques étrangères, non visées par l'énumération limitative, de même d'ailleurs que des personnes morales de droit public non élues, mais tout aussi essentielles

²⁰ V. sur ce point C.A., n° 128/2002, 10 juil. 2002, précité, B.5.2 et B.5.3, eu « égard à la situation spécifique des personnes morales, puisque celles-ci agissent via des personnes physiques » (*Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/6, p. 38).

²¹ V. sur ce point la contribution d'O. LEROUX. Rem. en outre T. AFSCHRIFF et V.-A. DE BRAUWERE, *o.c.*, 2001, p. 56, n° 62 et n° 63, p. 57 où les auteurs soulignent l'inadéquation du système de conversion dès lors que le juge ne tiendra pas compte de la peine de prison qu'il aurait prononcée pour évaluer le montant de l'amende. Rapp. *supra*, n° 4.

²² Les autres peines prévoient en effet déjà une protection suffisante des intérêts publics en présence, à travers les notions de missions de service public ou personnes morales de droit public. V. l'article 7bis du Code pénal. A noter aussi l'application de l'article 1412bis du Code judiciaire en cas de saisie trouvant sa source dans une amende.

²³ A cet égard, v. aussi M. NIHOUL, *o.c.*, *R.D.P.C.*, 2003, pp. 820 et 821.

à la démocratie (la Banque nationale, la Commission bancaire et financière, les ordres professionnels, etc.).

12. C'est concernant les zones de police que la plus belle surprise, quelque peu différée dans le temps, à propos du champ d'application personnel de la loi, était réservée le 26 avril 2002, date à laquelle fut publiée la loi relative aux éléments essentiels du statut des membres du personnel des services de police et portant diverses autres dispositions relatives aux services de police. Il faut préciser que la loi organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux, date quant à elle du 7 décembre 1998, c'est-à-dire quelques mois avant notre loi du 4 mai 1999 ... Trois ans plus tard, on se souvient des zones de police et on prévoit, dans un article 133, que « Dans l'article 5, alinéa 4, du Code pénal, les mots « *les zones pluricommunales* », sont insérés entre les mots « *les communes* » et les mots « *les organes territoriaux intracommunales* ». La responsabilité pénale des zones de police n'aura donc été que de quelques instants²⁴ ...

12.1. Premier étonnement, cependant : l'ajout n'a fait l'objet d'aucun véritable commentaire durant le processus d'élaboration de la loi, ni par l'auteur de l'avant-projet, ni par la section de législation du Conseil d'Etat, ni par aucun parlementaire. L'auteur de l'avant-projet a seulement indiqué que « Etant donné que la zone de police pluricommunale est une nouvelle personne morale, elle doit être ajoutée dans la disposition relative à la pénalisation des personnes morales. Sur le plan de la légistique formelle, il a été tenu compte de la remarque du Conseil d'Etat (avis n° 32.835/2, art. 113 de l'avant-projet) »²⁵. La section de législation avait effectivement fait observer que l'auteur du projet s'était trompé d'alinéa en voulant modifier un alinéa 5 inexistant ... en lieu et place de l'alinéa 4²⁶. Telle était

²⁴ Du moins celle des zones de police pluricommunales, les uncommunales se confondant avec les communes en vertu de l'article 9, alinéa 2 de la loi du 7 décembre 1998. V. à cet égard B. BILQUIN et A. BRAEM, *in o.c.*, 2003, n° 14, p. 97 et note 2 où les auteurs confondent manifestement organes territoriaux intracommunales et zones de police uncommunales. A noter, en outre, que le critère de la personnalité juridique civile n'a pas été mis en avant pour exonérer les O.T.I., l'idée du législateur étant même plutôt de dissocier personnalité juridique civile et pénale au nom de l'autonomie du droit pénal (v. M. NIHOUL, *o.c.*, *R.D.P.C.*, 2003, pp. 820 et 821).

²⁵ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., s.o. 2001-02, n° 50 1683/001, p. 29.

²⁶ S.L.C.E., avis n° 32.835/2 rendu le 20 février 2002, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de loi modifiant le projet de loi contenant les aspects essentiels de la position juridique des membres du personnel des services de police et portant diverses autres dispositions relatives aux services de police, *Doc. parl.*, Ch., s.o. 2001-02, n° 50 1683/001, p. 80 (avis dont *erratum* n° 50 1683/002, pp. 70 b et c). Un second avis n° 33.018/2 a été rendu le 20 février 2002, dans un délai ne dépassant

cependant la seule remarque formulée par la section de législation à propos d'un article qui, à la chambre, n'a fait l'objet d'aucune observation et a été voté à l'unanimité²⁷. Il faut préciser, à cet égard, que le gouvernement a une fois de plus demandé l'urgence conformément à l'article 80 de la Constitution.

Sur le principe, il est tout de même sidérant de justifier une dérogation à la règle de la responsabilité des personnes morales en indiquant que la zone concernée est une personne morale ... La logique de principe de la « disposition relative à la *pénalisation* des personnes morales » semble avoir échappé à l'auteur du texte, malgré l'expression qu'il utilise lui-

pas trois jours, sur un projet (ayant le même intitulé) modifiant le premier projet de loi sur lequel la section de législation donnait son avis le même jour (n° 50 1683/001, pp. 82 et s.).

²⁷ Rapport, *Doc. parl.*, Ch., s.o. 2001-02, n° 50 1683/006, pp. 59 et 64. Une question posée par un député aurait pourtant dû mener à réfléchir sur ce point, si le ministre n'avait pas limité sa réponse au plan civil. Ainsi, « M. Claude Eerdeken (PS) se propose d'examiner quelques complications inhérentes au droit d'expression prévu par cet article. Tout d'abord, la réserve qui est faite dans cet article concernant le lien avec un code de déontologie qui doit être établi et concernant la répression, pénale et disciplinaire, des violations du secret professionnel lui paraît aller de soi. Plus précisément, les intérêts de tiers peuvent être lésés, si bien que ceux-ci peuvent éventuellement exiger réparation devant les tribunaux civils. En ce qui concerne les membres de la fonction publique, on peut distinguer les conséquences d'une faute intentionnelle et grave et celles d'une faute légère mais répétée. L'intervenant voudrait savoir, pour ce qui est des possibilités de recours à l'égard de tiers, si les autorités concernées (zones de police) peuvent faire couvrir cette responsabilité civile du chef de fautes civiles ou pénales commises par des membres de leur personnel. Est-il possible d'intenter une action récursoire à l'égard des agents concernés comme cela est possible à l'égard d'autres agents de la fonction publique ? L'intervenant demande enfin si un code de déontologie pourrait être adopté dans un délai raisonnable. Il est notamment important qu'un tel code soit adopté pour le droit disciplinaire, dans le cadre duquel des problèmes d'application pourront surgir tant qu'il n'en sera pas ainsi. Les tiers ont également un intérêt en la matière, puisqu'ils pourraient déposer plainte concernant le comportement non déontologique de certains membres du personnel. Le ministre reconnaît l'importance de cette question. Il n'est en effet que trop fréquent que des comportements inadmissibles et des manquements élémentaires (par exemple, des indiscretions) soient constatés. Ces comportements doivent être réprimés, à défaut de quoi plus personne n'aura confiance dans la police. Il va en tout cas s'efforcer de faire en sorte qu'un code de déontologie soit encore adopté en 2002. En outre, la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police a rompu avec la théorie de l'« organe » et l'a remplacée, en ce qui concerne la police, par le régime des personnes liées par un contrat de travail, ce qui signifie que la responsabilité personnelle de l'agent de police est limitée au dommage résultant de la faute lourde et intentionnelle ou de la faute légère mais répétée. Dans ce cadre, une action récursoire peut évidemment être intentée. Par ailleurs, dans de nombreux cas, la zone de police a contracté une assurance en la matière » (*ibid.*, pp. 36 et 37).

même ... Voilà qui confortera ceux pour qui la qualité des textes législatifs se déglutit peu à peu ... et surtout depuis si longtemps qu'aujourd'hui cela devient franchement inquiétant ! Les textes sont même parfois modifiés en douce, sans que personne ne s'en rende compte. En l'occurrence, cela ne porte pas à conséquence, mais les termes « zones de police pluricommunales » ont été remplacés par l'expression raccourcie « zones pluricommunales » et ce, entre le projet déposé et discuté, et celui finalement voté avant d'être transmis au Sénat, qui l'a évoqué mais ne l'a pas amendé²⁸ ...

12.2. Deuxième étonnement : pourquoi les zones de police et pas les intercommunales ? Déjà à propos des C.P.A.S., quant à eux inclus dans la liste exonérée de responsabilité pénale, un parlementaire s'était indigné en 1999 de ce que, pour les C.P.A.S. comme pour les intercommunales, les membres ne sont pas élus directement mais par le biais du conseil communal²⁹.

12.3. Troisième étonnement, lié au précédent : pourquoi les zones pluricommunales seulement ? Non pas parce que seules celles-là donnent l'illusion d'un organe élu démocratiquement ... mais parce que la zone unicomunale, quant à elle, se confond juridiquement avec la commune déjà exonérée.

13. Du côté de la liste des groupements privés assimilés aux personnes morales aussi, les discriminations font rage et le législateur serait bien inspiré d'y remédier rapidement en tenant davantage compte de la réalité du droit privé pour plus d'effectivité³⁰. D'autant que le 7 mai 1999, soit trois jours seulement après le vote de notre loi et avant son entrée en vigueur, le nouveau Code des sociétés était voté à son tour³¹. Il allait, dans ce cadre, jusqu'à changer la dénomination des groupements privés désignés par l'alinéa 3 de l'article 5 du Code pénal ... On ne parle plus, désormais, d'association momentanée mais de société momentanée. L'association en

participation est devenue la société interne et la société civile qui n'a pas pris la forme d'une société commerciale la société de droit commun ...

A noter que dans les travaux préparatoires, il est précisé que s'il n'est pas explicité dans les textes que le changement de forme de la personne morale (par fusion, scission, absorption ou changement de forme juridique) n'a en tant que tel pas d'influence sur la responsabilité, cela découle cependant automatiquement des règles du droit des sociétés³².

14. Au chapitre des discriminations, il peut être mentionné que :

1. tous les groupements sans personnalité juridique n'ont pas été assimilés comme tels.

Les associations de fait, en particulier, ne l'ont pas été. En font partie d'ordinaire³³ les partis politiques et les syndicats qui sont donc immunisés, d'une certaine manière, mais point pour le motif avancé en faveur des collectivités publiques : ils l'ont été sans aucune véritable justification au regard du principe d'égalité et de non-discrimination ... en dépit de l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat qui demandait explicitement à l'auteur du projet de justifier la raison objective de cette discrimination et malgré deux amendements proposés par M. DUQUESNE et M. BOURGEOIS pour remédier précisément à toute discrimination³⁴.

N'était-ce pas oublier trop vite les scandales de corruption liés aux partis politiques dans les années 90 et au terme desquels un parti politique a d'ailleurs fait part de son intention d'assumer lui-même une partie des sommes confisquées³⁵ ? L'immunité de fait des partis et des syndicats se justifie d'autant moins aujourd'hui que les Hautes juridictions du pays les ont clairement distinguées tous les deux des institutions politiques, quasi au même moment.

²⁸ *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 2001-02, n° 2-1102/001 à 5.

²⁹ M. NIHOUL, *o.c.*, *R.D.P.C.*, 2003, p. 821. En ce qui concerne les zones de police, la matière est réglée par les articles 12 et suivants de la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux.

³⁰ V. sp. S. VAN DYCK, *o.c.*, *T. Strafr.*, 2001, sp. p. 231, n° 15 et p. 238, n° 39, l'auteur mettant en cause l'autonomie du droit pénal de ce point de vue.

³¹ Publié le 6 août 1999, ledit code est entré en vigueur, il est vrai, le 6 février 2001. On peut cependant regretter qu'aucune coordination n'ait été prévue, c'est-à-dire planifiée, entre les deux textes.

³² *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/1, p. 3 et n° 1-1217/6, p. 7. A cet égard, v. sp. S. VAN DYCK, *o.c.*, *T. Strafr.*, 2001, n° 40 à 58, pp. 238 à 244 ; S. ROMANIELLO et P. WAETERINCKX, in J. VAN STEENWINCKEL et P. WAETERINCKX (éd.), *o.c.*, 2^e éd., 2004, sp. pp. 56 à 61.

³³ A condition qu'ils n'aient pas opté pour une structure nantie de la personnalité juridique civile.

³⁴ *Doc. parl.*, Ch., resp. amendement n° 2, n° 2093/2, pp. 2 et 3 et amendement n° 13, n° 2093/4, p. 1, évoqués n° 2093/5, p. 28 et tous deux rejetés dans la précipitation, voire même dans une certaine confusion.

³⁵ V. C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 2003, p. 126.

La Cour de cassation, le 18 novembre 2003, indiquait en effet que les partis politiques ne sont pas eux-mêmes des institutions politiques mais des moyens de fonctionnement des institutions politiques³⁶. L'assertion était inutile car la question posée en l'espèce visait à définir le délit politique qui ne concerne pas le délit commis par une institution politique³⁷ mais celui qui porte atteinte aux institutions politiques. La réponse de la Cour n'en est pas moins intéressante pour notre propos car, à défaut de pouvoir être assimilée à une institution politique, l'immunité pénale du parti politique ne peut plus être rapprochée de celle des collectivités publiques pour être justifiée. La question résolue par la Cour de cassation vaut cependant uniquement pour la définition du délit politique. Elle ne tranche absolument pas le problème du respect des principes d'égalité et de non-discrimination. D'autant que l'on a critiqué le fait d'avoir consacré l'immunité pénale des collectivités publiques sans l'étendre aux politiciens eux-mêmes qui agissent dans ce cadre, surtout lorsqu'on connaît le motif avancé, qui est d'éviter de susciter des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique. Or, si l'immunité des politiciens est envisagée, il paraît difficile de ne pas l'étendre aux partis politiques eux-mêmes, du point de vue des personnes morales ... Preuve supplémentaire qu'aucune irresponsabilité n'est en réalité souhaitable. Sous cet angle-là, néanmoins, la protection du délit politique n'est plus si éloignée de l'immunité des collectivités publiques qu'on pouvait l'imaginer au départ ...

En ce qui concerne les syndicats, c'est la Cour d'arbitrage qui, le 19 novembre 2003, indiquait, en ce qui concerne le seuil de représentativité de cinq pour cent fixé pour éviter l'émiettement syndical, que « La liberté syndicale et la liberté d'association garantissent à tout travailleur le droit de se syndiquer librement mais il ne pourrait en être déduit que les associations syndicales elles-mêmes bénéficieraient d'un droit intangible au

maintien de critères de représentativité qui leur seraient favorables »³⁸. Le raisonnement n'est pas éloigné de celui tenu par la Cour de cassation à propos du parti politique. Il permet en tous cas de relativiser le propos éventuel selon lequel l'immunité des syndicats serait justifiée par le souci d'éviter de susciter des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie ... syndicale ...

2. Seules ont été assimilées feu les associations momentanées et les associations en participation (à l'exclusion des entités étrangères correspondantes dès lors que la liste concernée est limitative dans l'assimilation aux personnes morales) alors que la raison avancée pour l'extension consistait justement à éviter une discrimination par rapport aux personnes morales³⁹. Motif contradictoire invoqué : ces entités auraient des activités essentiellement économiques, comme si, d'abord, tel était toujours et nécessairement le cas ; comme si, ensuite, les associations de fait, quant à elles, étaient exclues de ces activités ; comme si, enfin et surtout, la responsabilité pénale des personnes morales était cantonnée à ce secteur d'activités ... Toutes les infractions sont pourtant visées par la loi, et point seulement les infractions à caractère économique ... toutes les personnes morales, aussi, en ce compris les A.S.B.L. dont l'activité économique est souvent très marginale⁴⁰ ... l'une des recommandations du Conseil de l'Europe, à l'origine de la loi, visait pourtant la criminalité *des affaires* et *les entreprises*⁴¹ ...

³⁶ Cass., 18 nov. 2003, www.cass.be (30 juin 2004) et concl. conf. av. gén. M. TIMPERMAN ; J.T., 2003, p. 810 (abr.) ; J.L.M.B., 2003, p. 1788 ; R.W., 2003-04, p. 900 avec concl. ; R.A.B.G., 2003, p. 1214 avec concl. et note H. VAN BOSSUYT, « Het Hof van Cassatie bevestigt zijn strikte interpretatie van het begrip 'politiek misdrijf' » ; T. Vreemd., 2003, p. 345 avec concl. ; Journ. proc., 2003, n° 469, p. 30 et commentaire P. T., « L'affaire du Vlaams Blok : on a enfin trouvé un juge ? » ; R.D.P.C., 2004, p. 835. Adde E. BREMS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le Vlaams Blok, groupement raciste. A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 21 avr. 2004 », obs. sous Gand, 21 avr. 2004, J.T., 2004, pp. 591 à 597.

³⁷ A noter que l'immunité pénale des collectivités publiques, de ce point de vue, conduit quelque part à une immunité politique.

³⁸ C.A., n° 148/2003, 19 nov. 2003, B.5. Dans le même sens : C.A., n° 144/2004, 22 juil. 2004, B.5. Dans le premier arrêt, rem. B.15 : est une mesure pertinente et proportionnée pour atteindre l'objectif poursuivi la condition posée par le législateur selon laquelle le syndicat professionnel ne peut être lié à une organisation qui ne défend pas exclusivement les intérêts des militaires. Dans les travaux préparatoires, elle est motivée par la considération qu'un lien entre un syndicat professionnel et un parti politique n'est pas considéré comme tolérable de par le risque de se retrouver, par exemple lors d'une négociation, uniquement face à des syndicats politiques.

³⁹ « La présente proposition limite (...) cette assimilation aux entités ayant des activités essentiellement économiques, parce que cette problématique est moins pertinente pour d'autres groupements de la société » (*Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/1, p. 3 et n° 1-1217/6, pp. 7 et 8). Une justification nullement satisfaisante, selon M. DUQUESNE, en faveur d'une plus grande transparence dans un souci de contribuer « à la moralisation de la vie économique et sociale » (*ibid.*, p. 3).

⁴⁰ V. dans ce sens A. MASSET, *o.c.*, J.T., 1999, p. 655, n° 8 et *in o.c.*, T. XII, L. 119.3, 19 févr. 2001, n° 110, p. 19 ; P. TRAEST, *o.c.*, T.R.V., 1999, p. 457 ; B. GERVASONI, *o.c.*, *Amén.*, 2001, p. 209 ; B. BILQUIN et A. BRAEM, *in o.c.*, 2003, n° 13, p. 96 ; J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2^e éd., 2004, n° 194, p. 353.

⁴¹ Sur ce point, v. ci-dessous.

Pour mémoire, à notre connaissance, aucune de ces anciennes associations n'ont été définitivement condamnées à ce jour. Il faut d'ailleurs reconnaître qu'à défaut de personnalité juridique et de patrimoine propres, on ne voit pas bien comment toucher concrètement ces personnes purement virtuelles, ni même d'ailleurs les personnes physiques qui en seraient membres et qui ne seraient pas personnellement condamnées⁴², sauf à créer, dans le cas contraire et à condition d'une disposition légale expresse dans ce sens, une discrimination supplémentaire par rapport aux personnes physiques dans les personnes morales ... Le législateur n'a rien perçu de tout cela, malgré l'invitation solennelle de la section de législation du Conseil d'Etat à y réfléchir⁴³ ... Les solutions légales sont pourtant préférables aux bricolages juridiques, surtout en droit pénal.

3. La même remarque vaut en réalité pour les sociétés en formation⁴⁴, outre le fait législatif que toutes les sociétés en formation ne sont pas visées, mais

⁴² Dans ce sens : T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *o.c.*, 2001, n° 37, p. 33. V. pourtant P. HAMER et S. ROMANIELLO, *o.c.*, 1999, p. 30 et *in o.c.*, 1999, p. 23 ; H. VAN BAVEL, « De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen », *A.J.T.*, 1999-2000, p. 211 ; M. FAURE, *o.c.*, *T.P.R.*, 2000, n° 14, p. 1314 ; C. VANDERLINDEN, *o.c.*, *R.D.P.C.*, 2000, p. 661 ; I. HAMER et A. DELANNAY, *o.c.*, 2001, p. 26 ; S. VAN DYCK, *o.c.*, *T. Strafr.*, 2001, n° 72 à 89, pp. 247 à 252, n° 104 à 107, pp. 255 et 256, et p. 259, n° 117 à 118, pour qui tous les associés devraient être cités en cette qualité, le cas échéant, pour des raisons pratiques évidentes auxquelles l'auteur tente de remédier aussi s'agissant de l'exécution de la peine, en trouvant la source de « l'obligation pénale » dans le lien contractuel de base ; L. VANWALLE, *o.c.*, *T.M.R.*, 2001, p. 120 ; B. BILQUIN et A. BRAEM, *in o.c.*, 2003, n° 13, p. 97 ; S. ROMANIELLO et P. WAETERINCKX, *in* J. VAN STEENWINCKEL et P. WAETERINCKX (éd.), *o.c.*, 2^e éd., 2004, p. 36.

⁴³ A l'estime de la section de législation du Conseil d'Etat, en effet, l'assimilation d'entités ne jouissant pas de la personnalité à « pour effet (contestable) de faire exister pour le droit pénal des entités qui n'ont, par ailleurs, aucune existence dans les autres domaines du droit » (S.L.C.E., *o.c.*, p. 125, *adr*). Il en résulterait une différence de traitement très concrète puisque l'effet principal de l'assimilation serait de « punir directement les personnes physiques qui composent le groupement alors que dans l'hypothèse d'une personne morale dotée de la personnalité juridique, son patrimoine sera, en principe, directement atteint si sa responsabilité pénale est retenue » (*ibid.*). Pire, les personnes physiques concernées, même non impliquées dans l'infraction, ne pourraient « plus (...) exercer au civil le moindre recours en indemnisation contre les vrais « coupables » éventuellement identifiés et non bénéficiaires d'une immunité personnelle » (*ibid.*, se référant explicitement dans ce sens à C. HENNAU, G. SCHAMPS et J. VERHAEGEN, *o.c.*, *J.T.*, 1998, p. 569).

⁴⁴ V. dans ce sens S. GILCART, *La société en formation. Une étude du mécanisme sui generis de l'article 60 du Code des sociétés*, thèse de doctorat défendue aux F.U.N.D.P. de Namur le 4 juin 2004. Il s'agirait d'une ineptie s'agissant d'un mécanisme de représentation provisoire requérant une ratification des engagements pris, une fois la société formée, et qui reviendrait, en l'occurrence, à ratifier une

seulement les sociétés commerciales en formation, à l'exclusion, par exemple, des « associations sans but lucratif en formation et d'autres associations comme les syndicats, les partis politiques ... »⁴⁵ ; or, pourquoi celles-là « plutôt que d'autres », avait expressément demandé par écrit la section de législation du Conseil d'Etat ?

Force est de constater que, malgré les « efforts »⁴⁶ des auteurs de la proposition, le législateur n'a pas répondu à cette critique pourtant fondamentale du Conseil d'Etat. La philosophie de la loi du 4 mai 1999 a simplement été rappelée comme consistant à « assimiler, dans la plus large mesure possible, les personnes morales aux personnes physiques »⁴⁷. Une sorte de dialogue de sourd que le législateur devra sans doute, à terme, payer cash. D'autant que les éléments de réponse apportés confortent, au contraire, le constat d'une discrimination manifeste⁴⁸.

infraction ... Le seul cas envisageable, selon l'auteur, est celui d'un recel qui donnerait lieu à une reprise des biens détournés, à condition de prouver l'intention. V. aussi P. HAMER et S. ROMANIELLO, *o.c.*, 1999, p. 33 et *in o.c.*, 1999, p. 25 ; G. STESENS, *o.c.*, *V & F*, 1999, pp. 225 et 226 ; H. VAN BAVEL, *o.c.*, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 211 ; ainsi que S. VAN DYCK, *o.c.*, *T. Strafr.*, 2001, n° 27 à 39, pp. 234 à 238 et sp. n° 29, p. 235 (invoquant jusqu'à l'absence de rétroactivité du droit pénal n° 30 ou l'absence de critères le cas échéant n° 31, p. 235). Les auteurs distinguent généralement selon que la société en formation aboutit ou non à la création d'une société.

⁴⁵ S.L.C.E., *o.c.*, p. 125. *Sic*, en ce compris les points de suspension ...

⁴⁶ *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/6, p. 5 : les développements de la proposition « s'efforcent d'apporter réponse aux observations du Conseil d'Etat ».

⁴⁷ *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/1, p. 2 et n° 1-1217/6, p. 6 (extrait déjà repris en note 5).

⁴⁸ *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/1, pp. 2 et 3 et n° 1-1217/6, p. 7 : « Le champ d'application de cette responsabilité en ce qui concerne les personnes est tout à fait général et couvre les personnes morales de droit public comme de droit privé et les sociétés commerciales comme les associations ». N° 1-1217/1, p. 3 et n° 1-1217/6, pp. 7 et 8 : « La responsabilité est (même) étendue aux entités qui ne possèdent pas la personnalité juridique (ni par conséquent de patrimoine propre). Il s'agit en particulier des associations momentanées et des associations en participation, des sociétés sans personnalité juridique visées à l'article 2, alinéa 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, c'est-à-dire les sociétés à objet commercial qui n'ont pas déposé leurs actes conformément à l'article 10, alinéa 1^{er}, de la même loi, des sociétés en formation et des sociétés civiles. La raison de l'extension de la responsabilité pénale aux entités précitées consiste justement à éviter une discrimination. Il ne serait en effet pas acceptable que les infractions donnent lieu à des poursuites différentes, lorsqu'elles sont commises par une même entité économique, selon que cette entité a formellement adopté ou non la forme de la personnalité juridique. Sans cette assimilation, des personnes morales qui forment une entité économique identique, pourraient être poursuivies comme des entités sans personnalité juridique pour les mêmes infractions sur la base de leur propre responsabilité pénale, tandis que pour ces autres entités, la

15. Il est important de préciser que la plupart des discriminations exposées - publiques et privées - étaient déjà constatées dans les travaux préparatoires, par les parlementaires eux-mêmes, sans que le législateur en tienne compte ... Faut-il y voir une invitation adressée au citoyen à faire valoir ses droits par la voie juridictionnelle, à défaut de réaction politique ? Une invitation au juge constitutionnel, aussi, à en tirer les conséquences qui s'imposent ? D'autant que la doctrine, depuis lors, leur a largement emboîté le pas⁴⁹.

responsabilité pénale individuelle des personnes physiques doit être établie. Cette assimilation est par conséquent fondée sur la même philosophie de base déjà exposée ci-dessus. La présente proposition limite cependant cette assimilation aux entités ayant des activités essentiellement économiques, parce que cette problématique est moins pertinente pour d'autres groupements dans la société ». Sans indiquer en quoi cette problématique est moins pertinente, le cas échéant. Et pourquoi, alors, ne pas avoir limité la responsabilité pénale des personnes morales aux activités essentiellement économiques ? ...

⁴⁹ La doctrine relaye en effet largement les discriminations dénoncées. De manière générale, v. A. MASSET, *o.c.*, *J.T.*, 1999, p. 655, n° 8 et 9 et *in o.c.*, 2^e éd., T. XII, L. 119.3, 19 févr. 2001, n° 110, pp. 18 à 20 (un principe « presque général ») ; G. STESENS, *o.c.*, *V & F*, 1999, pp. 225 à 228 ; P. TRAEST, *o.c.*, *T.R.V.*, 1999, pp. 455 à 457 ; H. VAN BAVEL, *o.c.*, *A.J.T.*, 1999-2000, pp. 211 et 212 ; M. FAURE, *o.c.*, *T.P.R.*, 2000, n° 13 à 15, pp. 1311 à 1317 ; C. VANDERLINDEN, *o.c.*, *R.D.P.C.*, 2000, pp. 660 à 662 et 686 ; J.-F. TERLINDEN, *in o.c.*, 2001, pp. 72 et 73 ; T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *o.c.*, 2001, pp. 32 et 33, n° 36 et 37 ; M. BURTON, *in A. JACOBS et A. MASSET (éd.)*, *o.c.*, 2003, pp. 230 à 232 ; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 2003, pp. 125 et 126 ; rapp. D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, 2003, p. 92.

Concernant les discriminations de droit public, v. H.-D. BOSLY et T. BOSLY, « La responsabilité pénale des personnes morales et le nouveau droit des sociétés », *Le nouveau Code des sociétés* (actes de colloque), Bruxelles, Bruylant, 1999, n° 14, pp. 338 et 339 ; P. HAMER et S. ROMANIELLO, *o.c.*, 1999, p. 34 et *in o.c.*, 1999, p. 27 ; D. ROEF, « De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in het milieustrafrecht », *in o.c.*, 1999, pp. 136 à 170, l'auteur indiquant d'entrée de jeu qu'il n'a pas été tenu compte de l'expérience des pays voisins ; P. TRAEST, *o.c.*, *T.R.V.*, 1999, p. 456 ; A. DE NAUW et F. DERUYCK, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, pp. 899 et 900 ; H. VAN BAVEL, *o.c.*, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 212 ; H. VAN DRIESSE, « Evolutie naar de strafrechtelijke (milieu-)aansprakelijkheid van alle publiekrechtelijke rechtspersonen ? », *R.W.*, 1999-2000, pp. 833 à 843 ; M. FAURE, *o.c.*, *T.P.R.*, 2000, n° 15, pp. 1315 à 1317 ; J. MESSINNE, *o.c.*, *R.D.P.C.*, 2000, pp. 638 et 639 ainsi que 645 et 646, *in o.c.*, 2000, pp. 283, 284 et 289 ainsi que *o.c.*, vol. II, 5^e éd., 2000-01, p. 114 ; S. VAN GARSSE, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 347 à 359 ; P. WAETERINCKX, *o.c.*, *R.W.*, 2000-01, p. 1217, note 5 ; B. GERVAISONI, *o.c.*, *Amén.*, 2001, pp. 210 à 212 ; I. HAMER et A. DELANNAY, *o.c.*, 2001, p. 26 ; L. VANWALLE, *o.c.*, *T.M.R.*, 2001, pp. 120, 121 et 143 ; A. MASSET, *o.c.*, 3^e éd., 2001-02, p. 78, note 92 ; B. BILQUIN et A. BRAEM, *in o.c.*, 2003, n° 14, pp. 98 à 100 ; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 6^e éd., 2003, p. 387, note 56 ; J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2^e éd., 2004,

Le citoyen mérite cependant de ne pas être bercé d'illusions. Pour que le juge, aujourd'hui, tienne compte de ces observations, les discriminations doivent être formulées de manière utile, c'est-à-dire de façon à en tirer profit. Or, toutes les discriminations ne sauraient pas être invoquées avec succès par n'importe qui et de n'importe quelle manière. Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt n° 128/2002 de la Cour d'arbitrage, par exemple, le moyen invoqué par la S.P.R.L. concernée n'aurait pas eu pour effet de lui étendre l'immunité publique, qui est l'exception. La discrimination n'est profitable, autrement dit, qu'à celui qui est directement affecté dans sa responsabilité pénale du fait de l'immunité, tel l'homme politique, le fonctionnaire, plus généralement tous les agents des collectivités immunisées⁵⁰.

16. A l'heure actuelle, à ma connaissance, la Cour d'arbitrage n'a tranché que la discrimination liée à l'immunité des collectivités publiques, du point de vue des personnes, et encore de manière provisoire, vraisemblablement, comme indiqué dans les lignes qui précèdent. L'arrêt n° 128/2002 présente cependant un second intérêt non négligeable dès lors que deux des questions préjudicielles invoquaient expressément les droits de la défense

n° 194, pp. 353 et 354 et note 883. Rem. déjà D. ROEF, « Kan de staat in zijn eigen staart bijten ? », *D.D.*, 1995, pp. 332 à 348 et « De strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor milieuverontreiniging », *T.M.R.*, 1997, pp. 87 à 103 ; M. FAURE et D. ROEF, « Naar een wettelijke formulering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon », *R.W.*, 1995-96, n° 24 à 39, pp. 424 à 428 ; F. DERUYCK, « Naar een strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in België ? », *in M. FAURE et K. SCHWARTZ, De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 1998, p. 39.

Concernant les discriminations de droit privé, v. P. HAMER et S. ROMANIELLO ainsi que F. DERUYCK, *in o.c.*, 1999, resp. pp. 28 et 29 et pp. 38 à 40, n° 4 à 10 ; P. HAMER et S. ROMANIELLO, *o.c.*, 1999, p. 30 ; F. KEFER, *in o.c.*, 1999, p. 204, n° 37 et *in C.U.P.*, *o.c.*, 2000, n° 24, p. 30 ; A. DE NAUW et F. DERUYCK, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 900 ; S. VANDYCK, *o.c.*, *T. Strafr.*, 2001, sp. p. 247, n° 72.

⁵⁰ Rem. ainsi Corr. Gand, 2 mai 2000, *T.M.R.*, 2001, p. 57 (abr.). Aujourd'hui, Cour de cassation et Conseil d'Etat sont d'ailleurs d'accord pour considérer que, dans une telle occurrence, il n'y a pas lieu de poser une question préjudicielle. Ceci en violation de l'article 26, §2, al. 3, 2° de la loi spéciale du 6 janv. 1989 sur la Cour d'arbitrage, constitutive d'un « déni de renvoi préjudiciel », selon l'expression déjà formulée *in* « La Cour de cassation a-t-elle commis un 'déni de renvoi préjudiciel' à l'occasion de l'affaire I.N.U.S.O.P. ? », *R. Cass.*, 1996, pp. 205 à 230. Concernant les lacunes de la loi que les juridictions sont impuissantes à combler, v. Cass., 28 avr. 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 587, *Arr. Cass.*, 1999, p. 570, *R.W.*, 1999-2000, p. 1133 et note P. POPELIER, « Lacunes in de wetgeving : het Hof van Cassatie versus het Arbitragehof » ainsi que C.E., RAEPERS, n° 100.559, 7 nov. 2001, *Droit communal*, 2002, p. 284.

en connaissance de cause ainsi que le principe de légalité et l'absence de précision, prévisibilité et sécurité juridique suffisantes⁵¹ concernant les critères d'imputation de la responsabilité pénale aux personnes physiques et/ou morales. Non seulement le texte serait trop complexe, à cet égard, mais il serait surtout trop imprécis, faisant au juge une part « trop belle » dans la construction du régime⁵².

Contre l'avis de nombreux auteurs⁵³ et de la section de législation du Conseil d'Etat⁵⁴, la Cour d'arbitrage a répondu par la négative à ces

⁵¹ Sur cette base, la Cour a récemment censuré deux dispositions étrangères à la matière. V. C.A., n° 69/2003, 14 mai 2003, *Rec.*, 2003, p. 873 ; *J.T.*, 2004, p. 15 et M. NIHOUL, « A propos de la précision requise pour définir une infraction en vertu du principe de légalité ou de prévisibilité du droit pénal », pp. 2 à 6 ; *Journ. proc.*, 2003, n° 461, pp. 26 et s. sous le titre « De l'égalité à la légalité » et commentaire P. TOUSSAINT, « La Cour d'arbitrage et les écoutes téléphoniques », p. 31 ; *R.W.*, 2003-04, p. 1098 et note P. VANDEN HEEDE ; *J.L.M.B.*, 2003, p. 1076 ; *T.B.P.*, 2004, p. 371. V. aussi C.A., n° 136/2004, 22 juil. 2004 et M. NIHOUL, « L'irrésistible ascension du principe de légalité ou de prévisibilité du droit pénal. Acte II en matière administrative », *C.D.P.K.*, à paraître, mentionnant aussi Cass., 15 juin 2004, P.04.0358.N, *www.cass.be* (3 oct. 2004). *Adde* depuis C.A., n° 157/2004, 6 oct. 2004 et C.A., n° 158/2004, 20 oct. 2004.

⁵² Un même sentiment circule en doctrine, où il est souvent soutenu que le législateur attend beaucoup trop du juge dans l'apport de solutions concrètes permettant l'application des règles contenues dans l'article 5 du Code pénal.

⁵³ P. HAMER et S. ROMANIELLO, *o.c.*, 1999, p. 8 ; T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *o.c.*, 2001, p. 42, n° 46 et n° 60, pp. 54 et 55 (évoquant l'imprévisibilité comme une « qualité légistique » dont se prévaut le législateur, en l'occurrence) ; I. HAMER et A. DELANNAY, *o.c.*, 2001, p. 18 ; J.-F. TERLINDEN, *in o.c.*, 2001, p. 75 ; M. BURTON, *in* A. JACOBS et A. MASSET (éd.), *o.c.*, 2003, p. 236 et note 32 ; S. ROMANIELLO et P. WAETERINCKX, *in* J. VAN STEENWINCKEL et P. WAETERINCKX (éd.), *o.c.*, 2° éd., 2004, p. 40. Concernant la notion de faute la plus grave ne recouvrant aucune réalité prédéfinie, en particulier, v. A. MASSET, *o.c.*, *J.T.*, 1999, n° 14, p. 656 (« ce n'est pas moi, car l'autre c'est pire ! ») et *in o.c.*, 2° éd., T. XII, L. 119.3, 2001, n° 115, p. 21 et note 1, relayé par B. BILQUIN et A. BRAEM, *in o.c.*, 2003, n° 27, p. 110 et note 1 et n° 28, p. 112 ; M. BURTON, *in* A. JACOBS et A. MASSET (éd.), *o.c.*, 2003, p. 239 ; C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *o.c.*, 3° éd., 2003, n° 321, p. 292, note 71 ; E. ROGER FRANCE et M. VAN DEN ABBEELE, *o.c.*, *Dr. banc. fin.*, 2003, p. 270 ; J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2° éd., 2004, n° 196, pp. 360 et 361 ; S. ROMANIELLO et P. WAETERINCKX, *in* J. VAN STEENWINCKEL et P. WAETERINCKX (éd.), *o.c.*, 2° éd., 2004, pp. 45 et 46.

⁵⁴ Une telle imprécision (concernant l'imputabilité, les personnes susceptibles d'engager la responsabilité pénale de la personne morale et les infractions concernées) ne peut être admise, selon la section de législation, à tel point que « S'il n'y était pas remédié, la loi en projet contreviendrait aussi bien à la Constitution qu'aux engagements internationaux de la Belgique » (S.L.C.E., *o.c.*, p. 119). Il s'agit de la première des trois critiques principales « à remédier » adressées à la loi à l'époque en projet : « elle omet de préciser les conditions d'imputabilité matérielle des infractions commises par les personnes morales tout autant que les conditions de détermination de l'élément

moyens, mais uniquement sous l'angle des articles 10 et 11 de la Constitution, avant que les compétences de la Cour ne soient étendues notamment aux articles 12, alinéa 2 et 14 de la Constitution. Depuis lors, l'engouement de la Cour pour le principe de légalité en matière pénale peut donner à croire qu'une évolution reste possible sur ce point.

17. Dans son arrêt, la Cour estime qu'il lui revient d'examiner si la marge d'appréciation laissée au pouvoir judiciaire par l'article 5, alinéa 2 du Code pénal est à ce point étendue qu'elle constituerait une atteinte discriminatoire au principe de légalité garanti par les articles 12, alinéa 2 et 14 de la Constitution et par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (B.2 et B.3.2). Pour ce faire, la Cour d'arbitrage recentre le débat sur les deux hypothèses distinguées par le juge *a quo*.

17.1. Première hypothèse : en cas d'infraction commise « sciemment et volontairement » par une personne physique (identifiée), le juge pourrait décider de prononcer ou non une condamnation contre elle sur la base de critères abandonnés à sa discrétion par le législateur (B.5).

A l'aide d'extraits des travaux préparatoires, la Cour montre que « le législateur n'a pas eu l'intention d'attribuer au juge un pouvoir d'appréciation plus large, en l'occurrence, que celui dont il dispose de manière générale en matière pénale » (B.5.3). Le législateur a seulement voulu éviter le cumul automatique des responsabilités sur base des mécanismes de corréité et complicité, sauf en cas de faute commise sciemment et volontairement, pour éviter de donner carte blanche aux délinquants. Le cas échéant, le législateur ne peut pas se substituer au juge qui doit pouvoir évaluer librement les circonstances avant de prononcer une condamnation unique ou double, en toute liberté d'appréciation.

17.2. Seconde hypothèse : en cas d'infraction involontaire, le juge condamne celle de la personne morale ou de la personne physique qui a

moral de ces infractions. Conformément à la Constitution et aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, il appartient au législateur et à lui seul de prendre position sur cette double question » (*ibid.*, p. 124).

Pour une critique de cet avis « dogmatique », selon M. FAURE : F. DERUYCK, « La loi du 4 mai 1999 sur la responsabilité pénale des personnes morales », *R.D.C.*, 1999, n° 8, p. 654 et note 10 ; P. TRAEST, *o.c.*, *T.R.V.*, 1999, pp. 458 à 461 ; A. DE NAUW et F. DERUYCK, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, pp. 901 et 902 ainsi que 903 et 904 ; M. FAURE, *o.c.*, *T.P.R.*, 2000, n° 7, p. 1303 ; B. GERVASONI, *o.c.*, *Amén.*, 2001, p. 206, note 43 et p. 208, note 69.

commis la faute « la plus grave » sans qu'il soit précisé ce que recouvre cette notion laissée à l'appréciation du juge (B.6).

C'est pour mieux permettre au juge d'apprécier laquelle des deux personnes doit être condamnée, rétorque la Cour, « non en fonction de conceptions subjectives qui rendraient imprévisible l'application de la disposition en cause, mais en prenant pour critère les éléments constitutifs de chaque infraction, en tenant compte des circonstances propres à chaque affaire et en appréciant dans chaque cas le degré d'autonomie dont dispose la personne physique à l'égard de la personne morale » (B.6.8) de manière à vérifier la responsabilité déterminante (B.6.6).

En outre, la disposition « ne modifie en rien la définition des diverses infractions auxquelles elle s'applique et elle n'empêche pas les personnes intéressées d'évaluer les conséquences pénales de leur comportement » (B.6.6), tout en évitant le cumul systématique. L'incertitude de la condamnation ne préjudicie pas l'exigence de prévisibilité à laquelle doit satisfaire la loi générale en matière pénale dès lors que « toute personne morale sait qu'elle pourra être poursuivie et condamnée si elle a eu un comportement qui correspond aux éléments constitutifs d'une infraction réprimée par une loi pénale » (B.6.8) sans être nullement empêchée de s'expliquer sur le degré de gravité des fautes qui lui sont reprochées.

18. Deux observations de la Cour méritent encore d'être soulignées. La Cour prend en effet la peine de préciser, d'une part, qu'une attribution de pouvoir aussi « large » (B.6.9) serait cependant contraire aux articles 12, alinéa 2 et 14 de la Constitution « si elle n'avait pour conséquence de réaliser l'objectif, déclaré au cours des travaux préparatoires, d'éviter « que soit la personne morale, soit la personne physique puisse évaluer le risque pénal *a priori* » (Doc. parl., Sénat, 1998-99, n° 1-1217/1, p. 6) » (B.6.6)⁵⁵. Un large pouvoir d'appréciation du juge peut s'expliquer par les objectifs poursuivis, autrement dit.

D'autre part, « Par la disposition en cause, le législateur n'a nullement permis au juge de créer une incrimination, d'organiser une nouvelle forme de poursuite ou d'instaurer une nouvelle peine, mais il a introduit une mesure qui, parce qu'elle est favorable au prévenu, échappe aux exigences particulières des articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution. Si l'article 78

⁵⁵ L'extrait n'est compréhensible que si l'on ajoute la négation soulignée par l'usage des italiques.

du Code pénal dispose que « nul crime ou délit ne peut être excusé, si ce n'est dans les cas déterminés par la loi », cette disposition n'interdit pas que ce soit le juge qui apprécie dans chaque cas quelle est la personne qui doit bénéficier de la mesure en cause » (B.6.7).

De la sorte, la Cour d'arbitrage confirme *a contrario* la rigueur des principes lorsque la loi pénale réprime, et surtout explicitement leur relativité en présence d'un droit pénal favorable, dont il restera cependant à évaluer la proportionnalité en tenant compte du point de vue des victimes et de la société.

19. A noter enfin que la Cour d'arbitrage avait explicitement réservé son appréciation concernant la constitutionnalité de la différence de traitement - non invoquée - entre une personne physique ayant commis la même infraction involontaire qu'une personne morale et une personne physique ayant commis la même infraction involontaire qu'une autre personne physique (B.6.4.2). Ce qui paraît avoir été tranché dans l'arrêt n° 75/2004 du 5 mai 2004, déjà commenté, pour ce qui concerne, en l'occurrence, l'infraction commise pour le compte d'une autre personne physique⁵⁶.

TITRE II. - LES INFRACTIONS

20. Le deuxième champ d'application étudié est celui des infractions. Il est pour le moins général dès lors que l'article 5 vise *a priori* « toutes les infractions ». Le législateur ne s'en est pas caché depuis le début : « En ce qui concerne la définition légale des comportements punissables, la proposition est claire : la personne morale peut, en principe, commettre

⁵⁶ *Adde*, en ce qui concerne des discriminations précises du même acabit, C. VANDERLINDEN, o.c., R.D.P.C., 2000, pp. 670 et 671 ; P. WAETERINCKX, o.c., R.W., 2000-01, pp. 1222 à 1224 et *in* o.c., 2003, pp. 226 et 227 ; T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, o.c., 2001, n° 50, p. 45 invoquant une discrimination entre les personnes morales ayant commis la faute la plus légère, qui seraient condamnées parce que l'identification de la personne physique ayant commis la faute la plus lourde se révélerait impossible ou parce que le ministère public a négligé cette identification, d'une part, et les personnes morales ayant commis aussi la faute la plus légère, qui ont le bonheur de bénéficier d'un fait qui leur est tout à fait étranger, celui de l'identification de la personne physique ayant commis la faute la plus grave, d'autre part. Rem. aussi n° 59, pp. 53 et 54 ; n° 53, p. 48 et le cas de fautes de gravité équivalente devant emporter une excuse générale ...

toutes les infractions et celles-ci sont cela va de soi déterminées par la loi »⁵⁷.

La Cour d'arbitrage aussi, en aval, a consacré cette portée générale de l'article 5 du Code pénal en vertu du texte même de cette disposition, mais aussi de l'article 100 du Code pénal, sauf disposition contraire dans les lois pénales particulières, bien entendu, et non discriminatoire, cela va de soi aussi⁵⁸.

Quant à la jurisprudence judiciaire, elle a jusqu'ici donné peu d'enseignements de ce point de vue. A partir des données concrètes de la jurisprudence collectée, les statistiques indiquent seulement que les matières les plus concernées sont les matières qui ont été abordées dans quatre séminaires lors du colloque, à savoir surtout le droit social, le droit économique et financier, le droit du roulage et du transport et le droit de l'urbanisme et de l'environnement⁵⁹.

21. A noter, en outre, que le champ d'application lié aux infractions n'est pas complètement étranger à celui des personnes. Une matière paraît en effet exclue - la matière publique - sur base d'un critère organique - celui de l'élection démocratique -, critère dont il faut observer au passage qu'il est pourtant lui-même exclu lorsqu'il est question d'aborder l'imputabilité d'un fait à une personne morale, puisque l'intervention des organes d'une personne morale n'est pas du tout requise pour engager la responsabilité de celle-ci.

Une autre matière est, quant à elle, privilégiée, *a priori*. Il s'agit de la matière économique, dès lors qu'elle explique - pour mémoire - pourquoi les groupements économiques sans personnalité juridique ont été inclus dans le champ d'application de la loi et non les associations de fait⁶⁰.

⁵⁷ *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/1, p. 2 et n° 1-1217/6, p. 6, dans la logique, au demeurant, de l'assimilation de la personne morale à la personne physique (*adde* n° 1-1217/1, p. 3 et n° 1-1217/6, pp. 6 et 7, 19, 27, 28, 55, 125 (Conseil d'Etat)).

⁵⁸ C.A., n° 145/2002, 15 oct. 2002, B.3.1 ; (*Rec.*, 2002, p. 1743 ; *J.T.*, 2002, p. 752 ; *J.D.S.C.*, 2003, p. 276, obs. M.-A. DELVAUX, « L'imputabilité légale de l'infraction après la loi du 4 mai 1999 » ; *R.G.A.R.*, 2003, n° 13.730 ; *R.W.*, 2002-03, p. 1420) ; C.A., n° 104/2003, 22 juil. 2003, B.5 (*Rec.*, 2003, p. 1397 ; *J.T.* 2004, p. 72 ; *J.J.P.*, 2003, p. 460 ; *D.C.J.*, 2003, pp. 293 et 376, n° 2003/121 et 153) ; C.A., n° 27/2004, 11 févr. 2004, B.5 (*Rec.*, 2004, p. 345 ; *R.W.*, 2003-04, p. 1539).

⁵⁹ V. la contribution de I. HAMER, C. RENARD et W. DE PAUW. Rem. déjà I. HAMER et A. DELANNAY, o.c., 2001, pp. 32 à 37, à l'exception du droit économique et financier.

⁶⁰ V., à ce propos, encore ci-dessous.

22. Deux questions importantes méritent d'être épinglées en ce qui concerne les infractions, toujours du point de vue de l'assimilation complète de la personne morale à la personne physique.

La première question est liée au champ *matériel* des infractions : le législateur ne s'est-il pas trompé de cible en présupposant de la sorte qu'une personne morale peut *a priori* commettre toute infraction ?

La deuxième question se rapporte à l'imputabilité de l'élément *moral* de l'infraction à la personne morale : cette imputabilité a-t-elle un sens même en l'absence de toute décision par les organes de la personne concernée, ce que la loi ne requiert absolument pas en l'occurrence ?

23. Première question, celle de la cible.

A plusieurs reprises, il est affirmé, dans les travaux préparatoires, que l'objectif de la loi est de lutter contre la criminalité organisée⁶¹ et tant la doctrine, unanime sur ce point, que la Cour d'arbitrage, lors de son premier arrêt rendu à propos de la loi concernée, l'ont expressément pointé du doigt⁶². En outre, les deux recommandations du Conseil de l'Europe, invoquées comme étant à l'origine de la loi du 4 mai 1999, concernent uniquement la criminalité *des affaires* et les *entreprises* personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités⁶³. Dans les

⁶¹ Selon le Ministre de la Justice de l'époque, la responsabilité pénale des personnes morales est « un instrument essentiel de lutte contre la criminalité organisée », renvoyant sur ce point au projet de loi relatif aux organisations criminelles et aux travaux de la commission d'enquête chargée d'enquêter sur la criminalité organisée (*Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/6, p. 21 ; *adde* pp. 14, 18, 24, 26, 27, 29 ... ainsi que *Doc. parl.*, Ch., s.o. 1998-99, n° 2093/5, not. p. 2).

⁶² C.A., n° 128/2002, 10 juil. 2002, précité, B.7.2 : le souci du législateur « de lutter contre la criminalité organisée ne l'oblige pas à prendre à l'égard des personnes morales de droit public les mêmes mesures qu'à l'égard des personnes morales de droit privé ». Rem. aussi le point de vue du Conseil des Ministres *in ibid.*, A.5.2 ; ainsi que C.A., n° 75/2004, 5 mai 2004, précité, A.3.

⁶³ Il ressort en effet des travaux préparatoires que « le gouvernement a longuement travaillé sur un avant-projet de loi relatif à l'instauration de la responsabilité pénale des personnes morales. Cet avant-projet visait à mettre en œuvre les recommandations R (81)-12 et R(88)-18 aux Etats membres, formulées par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe au sujet de la criminalité des affaires et de la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises à l'occasion de l'exercice de leurs activités » (*Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/6, p. 5).

Adde Proposition de loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/6, p. 21 (criminalité économique en plus des

travaux préparatoires de la loi du 4 mai 1999, une distinction est par ailleurs préconisée par le Ministre de la Justice de l'époque entre la criminalité « mafieuse », d'une part, qui serait « plutôt une criminalité intentionnelle » liée aux sociétés mafieuses et la criminalité « économique », d'autre part, qui serait d'avantage qualifiée de « négligence »⁶⁴. Enfin, dans une « récente » proposition de loi « modifiant certaines dispositions du Code pénal relatives à la responsabilité pénale des personnes morales », aujourd'hui caduque, il est à nouveau insisté sur la criminalité d'entreprise⁶⁵.

Or, aujourd'hui, dans les affaires médiatiques, sont poursuivies, qui la Poste pour un harcèlement entre collègues, qui la S.N.C.B. pour un accident ferroviaire involontaire ; même un mouvement de jeunesse réputé, constitué en A.S.B.L., pour un accident de la route survenu lors d'un camp scout⁶⁶ ; et demain, de manière prévisible, sans doute un établissement de l'enseignement libre qui sera contraint de fermer ses portes et de mettre la clef sous le paillason à la suite d'une affaire de mœurs, certes ponctuelle, mais à propos de laquelle la réaction du pouvoir organisateur n'aura pas été parfaite, bénévolat oblige.

En outre, les statistiques montrent que les infractions les plus concernées se rapportent à l'emploi et la sécurité sociale, c'est-à-dire un terrain où la loi n'était pas nécessairement attendue au départ, à en croire les exemples évoqués au parlement. Il y était question de blanchiment, de trafic de drogue et d'armes, d'infractions douanières, de faux en écritures, de recel et abus de confiance, etc. Il faut le reconnaître, lors des discussions, il a aussi été question du déversement d'eaux usées, du non-respect de règles de sécurité avec pour conséquence un accident frappant un travailleur, de la manipulation d'une grue à l'encontre du règlement général, d'un excès de vitesse, du fait de ne pas porter de casque, d'un dancing violant la loi relative aux nuisances sonores, et, il faut le préciser, d'infractions dans le secteur non marchand, un service d'accueil d'enfants ou d'aide à la

sociétés mafieuses) (la portée essentiellement économique de la loi est affirmée au moment d'expliquer pourquoi seules certaines associations sont assimilées).

⁶⁴ *Doc. parl.*, Sénat, 1998-99, n° 1-1217/6, p. 21. La Cour d'arbitrage n'a pas manqué de le relever in C.A., n° 75/2004, 5 mai 2004, précité, B.6.1.

⁶⁵ M. DARDENNE et F. TALHAOU, 12 févr. 2003, *o.c.*, *Doc. parl.*, Ch., s.o. 2002-03, n° 50-2287/001, p. 3 : criminalité d'entreprise se profilant le plus dans les secteurs du droit social, droit du travail, droit de l'environnement, aménagement du territoire, protection des consommateurs, etc. à haut sentiment d'impunité.

⁶⁶ On pourrait encore citer des A.S.B.L. gravitant autour d'un parti politique, quant à lui immunisé lorsqu'il s'agit d'une association de fait, comme indiqué ci-dessus.

vieillesse, un centre culturel, les hôpitaux, les écoles, toutes les initiatives à caractère social organisées sous forme d'A.S.B.L., etc.

Enfin, les statistiques montrent qu'en l'état actuel de la jurisprudence, pas la moindre application à des formes de criminalité organisée n'a pu être détectée⁶⁷.

Bref, il résulte de tout ceci une profonde contradiction inhérente à la démarche même du législateur qui, dans la précipitation, n'a pas su garder la tête froide.

24. A supposer même que l'on évite de trop s'interroger, en particulier quant à la légitimité du but poursuivi – car aujourd'hui tout paraît justifié au nom de la criminalité organisée ou du terrorisme –, il n'en reste pas moins que, pour satisfaire aux principes d'égalité, de non-discrimination et de légalité des incriminations et des peines, les moyens utilisés pour atteindre ce but devraient être mieux proportionnés à ce but, y compris en ce qui concerne le champ d'application qui doit être suffisamment précis et lié à l'objectif poursuivi ...

Surtout que des précédents existent dans le même ordre d'idées, que ce soit en Belgique ou en France, pour prendre aussi un exemple voisin. Dans le premier cas, avec la censure par la Cour d'arbitrage de deux articles d'une loi-programme réprimant de manière trop imprécise l'atteinte au respect des lois, à la sécurité de l'Etat, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou l'offense à l'égard d'un Etat étranger via l'infrastructure des télécommunications, infraction reprise à l'article 90^{ter} du Code d'instruction criminelle et pour laquelle des moyens d'investigation particuliers sont autorisés, comme l'écoute téléphonique⁶⁸. Ou encore, plus

⁶⁷ V. *infra*, la contribution de L. HAMER, C. RENARD et W. DE PAUW, n° 8 et 31.

⁶⁸ V. à cet égard *supra*, note 50. Pour mémoire, les articles 88^{bis} et 90^{ter} du Code d'instruction criminelle (en l'occurrence concernés) visent à concilier deux intérêts contraires : le respect de la vie privée des citoyens, d'une part, et, d'autre part, précisément, la nécessité d'une protection plus efficace de la société contre le terrorisme, le grand banditisme et le crime organisé. En matière de responsabilité pénale des personnes morales, rem. cep. l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 128/2002 du 10 juillet 2002, précité, analysé à cet endroit dans le texte, rendu avant que la Cour d'arbitrage ne voie ses compétences étendues aux articles 12, alinéa 2 et 14 de la Constitution directement. La section de législation du Conseil d'Etat, de son côté, avait pourtant considéré le texte en projet comme étant trop imprécis. Elle avait en conséquence invité le législateur à préciser notamment quelles sont les infractions à propos desquelles les personnes morales peuvent être condamnées (*Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/6, p. 120). Un propos comparable avait déjà été tenu dans un

récemment, le reproche formulé explicitement par la même Cour au législateur d'avoir justifié, par la criminalité grave et organisée, un dispositif autorisant l'utilisation de certains véhicules performants saisis, mais sans avoir fait de distinction expresse selon la forme de criminalité en cause lors de la saisie du véhicule ni prévu que la mise à disposition ne peut être décidée qu'en vue de réprimer une certaine forme de criminalité (!)⁶⁹. Dans le second cas, avec la récente décision du Conseil constitutionnel français concernant le projet de loi Perben 2 concernant la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité⁷⁰.

A noter que, jusqu'ici, seules des incriminations spécifiques permettaient de légitimer une série de dérogations au droit commun, en droit pénal général comme en procédure pénale⁷¹. Dans le cas qui nous occupe, le but présumé légitime est invoqué pour changer le droit commun lui-même !

avis relatif au projet de loi du 12 mars 1997 relatif aux organisations criminelles, *Doc. parl.*, Ch., s.o. 1996-97, n° 954/1, p. 13.

⁶⁹ V. C.A. n° 175/2004, 3 nov. 2004, B.7.3.

⁷⁰ Conseil constitutionnel français, décision n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, www.conseilconstitutionnel.fr (29 sept. 2004), n°s 17 et 18. Le Conseil avalise la notion de « bande organisée » définie dans le projet mais observe, concernant la liste des infractions relevant de la criminalité et de la délinquance organisées, que certaines infractions ne portant pas nécessairement atteinte aux personnes n'y ont pas leur place pour insuffisance de gravité et de complexité. Sont visés, en particulier, le vol commis en bande organisée lorsqu'il ne présente pas des éléments de gravité suffisants pour justifier les mesures dérogatoires en matière de procédure pénale prévues à l'article 1^{er} de la loi déferée ; de même que le délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France commis en bande organisée qui ne saurait concerner les organismes humanitaires d'aide aux étrangers et requiert l'intention de le commettre, conformément au principe énoncé à l'article 121-3 du code de procédure pénale, au terme duquel il n'y a point de délit sans intention de le commettre. Concernant le vol lorsqu'il est qualifié de crime, le Conseil ajoute qu'il appartiendra à l'autorité judiciaire d'apprécier l'existence des éléments de gravité dans le cadre de l'application de la loi déferée. A noter que la criminalité organisée se rapproche de la responsabilité pénale des personnes morales, même conçue sur un mode général, dès lors qu'elles instaurent toutes les deux une forme de responsabilité collective.

⁷¹ V. par ex. A. MASSET, « Le parquet fédéral est arrivé : plus-value pour le ministère public ? », *J.T.*, 2002, p. 121 faisant état de dérogations sacrifiées aux normes classiques décidées au nom de cette sacro-sainte lutte contre la criminalité grave et organisée, nouvelle guerre des temps modernes ; M. L. CESONI, « Terrorisme et involutions démocratiques », *R.D.P.C.*, 2002, pp. 141 à 153 concernant la valeur symbolique des nouvelles infractions terroristes ou liées à la criminalité organisée qui servent notamment à justifier l'adoption d'autres dispositifs de type procédural, adoption qui serait autrement rendue difficile par les restrictions des libertés et les violations des droits fondamentaux que ces dispositifs entraînent. Leur danger, pour I. WATTIER, est de « servir de prétexte plutôt que de limite au développement de méthodes lourdes d'investigation telles que les écoutes téléphoniques, les observations

Il faut rappeler, en outre, que la doctrine⁷² et la section de législation du Conseil d'Etat⁷³ avaient expressément préconisé de limiter la responsabilité des personnes morales à certaines matières en dressant la *liste des infractions* susceptibles d'être commises par ces personnes au lieu de se contenter d'une simple assimilation, *a priori* peu respectueuse du principe de légalité et de prévisibilité⁷⁴.

25. Une seconde question, liée à la précédente, s'impose à ce propos, dès lors que le législateur varie d'ordinaire les plaisirs parmi les infractions en requérant – sans entrer dans le détail – tantôt une simple faute, tantôt un dol général ou une intention, tantôt encore une intention particulière ou un dol spécial.

Dans les travaux préparatoires, il est martelé à l'envi que la personne morale est conçue comme une réalité sociale qui peut commettre une faute

de longue durée, les infiltrations, et le recours à des informateurs » (« Le droit pénal de l'organisation criminelle, profil d'un droit pénal d'exception », *IDJ*, 1999, n° 3, p. 2). Les événements du 11 septembre 2001 n'ont à l'évidence rien arrangé sur ce point. V. encore J.-C. PAYE, « Une loi antiterroriste : pourquoi faire ? L'exemple de l'Italie », *Journ. Procès*, 2004, p. 11. De façon plus générale, v. la thèse de doctorat d'I. ONSA, *De bestrijding van georganiseerde misdaad : de grens tussen waarheidsvinding en grondrechten*, Anvers, Intersentia, 2003.

⁷² T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *o.c.*, 2001, spéc. pp. 29 à 60 ; M. BURTON, in A. JACOBS et A. MASSET (éd.), *o.c.*, 2003, p. 232 ; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 6^e éd., 2003, p. 387 (comme en France).

⁷³ *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/6, p. 120.

⁷⁴ Les travaux préparatoires indiquent au demeurant clairement que le législateur, au moment de légiférer, ne mesurait absolument pas toutes les implications de la responsabilité pénale des personnes morales (notamment) du point de vue des matières. Le législateur, autrement dit, ne savait pas lui-même où il allait. Rapp. *supra*, note 9. Ce manque de réflexion en est réalité doublé de nombreuses hésitations qui sont directement perceptibles dans la Recommandation R (88) 18 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 20 oct. 1988 derrière laquelle se sont retranchés de nombreux Etats pour justifier de manière péremptoire l'instauration de la responsabilité pénale des personnes morales dans leur pays. Le même phénomène s'est reproduit récemment avec le terrorisme et les attentats du 11 septembre. Chose très étonnante, lorsqu'on lit les travaux préparatoires de la loi du 4 mai 1999 et la Recommandation R (88) 18, on n'a pas le sentiment de lire le même texte, mais on a l'impression de se trouver devant les mêmes questions insolubles qui ont malheureusement été tranchées sans nuance, selon le mythe de l'assimilation, alors que de nombreuses autres voies étaient parfaitement envisageables. Le cœur de l'hésitation porte sur l'imputabilité d'une faute à la personne morale, déjà problématique en ce qui concerne l'imprudence, carrément incompréhensible en ce qui concerne le dol général ou spécial.

pénale propre imputable exactement de la même manière qu'à la personne physique⁷⁵ ... comme si la personne morale était douée d'une conscience, à l'instar de la personne physique ... et sans requérir, de surcroît, l'intervention de ses organes ... un simple préposé pouvant engager la responsabilité de la personne morale aux conditions précisées par la loi ...

Les travaux préparatoires sont explicites sur ce point : le juge « devra établir (en fait) soit que la réalisation de l'infraction découle d'une décision intentionnelle prise au sein de la personne morale, soit qu'elle résulte, par un lien de causalité déterminé, d'une négligence au sein de la personne morale. On vise par exemple l'hypothèse où une organisation interne déficiente de la personne morale, des mesures de sécurité insuffisantes ou des restrictions budgétaires déraisonnables ont créé les conditions qui ont permis la réalisation de l'infraction »⁷⁶.

Il n'est pas nécessaire de revenir longuement sur l'imputabilité qui a déjà fait l'objet de nombreux commentaires et critiques, dès avant l'adoption de la loi, et sur la préférence qu'il convenait de réserver aux *mesures de sûreté* s'agissant d'êtres collectifs totalement spécifiques⁷⁷. Manifestement, élément moral et personne morale sont toutefois difficiles à concilier en pratique, malgré qu'ils aient en commun le même adjectif, pour l'anecdote.

26. Trois remarques paraissent s'imposer à ce stade.

1. Il ne faut pas se leurrer : l'irréductible *hiatus* qui sépare la responsabilité pénale pour faute et la nature même de la personne morale est sans doute pour beaucoup dans l'hésitation des juges à appliquer la loi ...

2. Il n'est pas trop tard pour corriger le tir et aménager la loi de manière à situer le débat sur l'autre volet pénal qui est celui des mesures de sûreté.

⁷⁵ Sp. Doc. parl., Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/1, p. 2 et n° 1-1217/6, p. 6.

⁷⁶ Doc. parl., Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/1, p. 5 et n° 1-1217/6, p. 6.

⁷⁷ V. sur ce point la contribution d'A. MISONNE. V. aussi C. HENNAU, G. SCHAMPS et J. VERHAEGEN, *o.c.*, J.T., 1999, pp. 561 à 570 ; Y. HANNEQUART, « La responsabilité pénale des personnes morales : punir l'être collectif ou corriger ses déficiences ? », J.T., 1999, pp. 281 à 283 (p. 283, l'auteur vise les groupes ou sous-groupes sans que l'octroi de la personnalité morale lui paraisse déterminant) ; W. CASSIERS, « La responsabilité des personnes morales : une solution en trompe-l'œil ? », R.D.P.C., 1999, pp. 823 à 859. Rapp. P. HAMER et S. ROMANIELLO, *o.c.*, 1999, p. 9 ; T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *o.c.*, 2001, n° 44 et 45, pp. 39 et 40 ; C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *o.c.*, 3^e éd., 2003, n° 315 à 319, pp. 287 à 290 et n° 321, pp. 293 et 294.

Mais le législateur aura-t-il le courage de se dédire à ce point ? Car ce n'est pas une loi de réparation qu'il faudrait, le cas échéant, mais une nouvelle loi faisant quasi table rase du passé, purement et simplement.

3. A défaut d'une telle loi, il faut redouter que la personne morale ne devienne un bouc émissaire trop facile, responsable de tous les maux, surtout lorsque le mal existe mais qu'il ne peut pas être établi avec rigueur ou imputé à quelqu'un. La voie royale de trouver un responsable à tout prix, en quelque sorte ... Il est difficile de généraliser un constat, mais, au-delà de quelques perles, l'analyse de la jurisprudence indique une certaine objectivation de la faute lorsque la personne morale est en cause, même si statistiquement parlant la personne morale n'est pas plus souvent condamnée que la personne physique⁷⁸.

27. Or, ce que la doctrine craint, à moyen terme et malgré les déclarations de bonne intention, c'est de voir la responsabilité pénale bradée dans son élément moral vers une responsabilité objective, sans faute et purement matérielle, une responsabilité tronquée qui, à terme, contaminerait inévitablement celle des personnes physiques malgré qu'elle soit manifestement contraire aux principes généraux les plus élémentaires du droit pénal⁷⁹ ...

Une sanction du texte n'est au demeurant pas trop vite à exclure, de ce point de vue, soit par la Cour d'arbitrage au nom de l'égalité (qui, pour rappel, inclut les garanties résultant des principes généraux du droit pénal, selon une jurisprudence constante)⁸⁰, soit même par la Cour européenne des

⁷⁸ V. les contributions d'I. HAMER, C. RENARD et W. DE PAUW ainsi que celle d'A. MISONNE.

⁷⁹ V. sp. C. HENNAU, G. SCHAMPS et J. VERHAEGEN, *o.c.*, J.T., 1998, p. 565 et note 38 ; Y. HANNEQUART, *o.c.*, J.T., 1999, pp. 281 à 283 ; W. CASSIERS, *o.c.*, R.D.P.C., 1999, pp. 823 à 859 ; I. HAMER et A. DELANNAY, *o.c.*, 2001, p. 11 s'agissant d'infractions principalement réglementaires ; S. VAN WASSENHOVE et Y. DE BRUYNE, *Les sociétés bientôt punissables. Quel impact sur la vie des entreprises ?*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 7. Rem. tout de même, à cet égard, la sortie du ministre expliquant aux parlementaires qui souhaitaient que des critères soient établis dans la loi que « Les termes 'sciemment' et 'dol spécial' ne sont pas non plus définis dans le Code pénal » (Doc. parl., Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/6, p. 26). Pas dans le Code pénal, c'est exact, mais bien dans les travaux préparatoires, à savoir l'exposé des motifs, et de manière claire, à l'époque ...

⁸⁰ C.A., n° 72/1992, 18 nov. 1992, B.2.1 ; C.A., n° 76/1999, 30 juin 1999, B.4.1 ; C.A., n° 43/2001, 29 mars 2001, B.5.1 ; C.A., n° 38/2002, 20 févr. 2002, B.7.1 ; C.A., 108/2002, 26 juin 2002, B.7.1 ; C.A., n° 147/2002, 15 oct. 2002, B.17.1 ; C.A., n° 157/2002, 6 nov. 2002, B.4. Rapp. C.A., n° 55/2000, 17 mai 2000, B.2 ; C.A.

droits de l'homme⁸¹ qui, s'il est vrai qu'elle n'a jamais affirmé le principe comme tel de la responsabilité pour faute, pourrait fort bien le tirer un jour de l'article 7 de la Convention, on a déjà vu pire ... A noter que c'est précisément le problème de l'imputabilité qui tracassait le plus la section de législation du Conseil d'Etat, davantage encore que celui du principe de légalité⁸².

n° 77/2001, 7 juin 2001, B.4 et B.9 ; C.A., n° 132/2001, 30 oct. 2001, B.6.2 ; C.A., n° 175/2002, 5 déc. 2002, B.2.1. La responsabilité pénale pour faute est un principe général explicitement affirmé dans les travaux préparatoires du Code pénal (*Lég. crim.*, T. III, p. 771, n° 3 ; J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, T. I, 3^e éd., Gand, A. Hoste, 1879, pp. 207 et 208, n° 291 à 293), de même que par la Cour de cassation (sp. Cass., 12 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1056 et note 1 ; *R.D.P.C.*, 1988, p. 711 avec les concl. conf. proc. gén. J. DU JARDIN, alors av. gén., ég. publiées in *Arr. Cass.*, 1986-87, n° 531, p. 1194 et *R.W.*, 1987-88, p. 538, sans oublier J. VERHAEGEN, « L'élément fautif en matière de contraventions aux règlements », *R.D.P.C.*, 1988, pp. 289 à 297 ; *J.T.*, 1988, p. 439, obs. J. MESSINNE), mais aussi par la Cour d'arbitrage (C.A., n° 125/2003, 24 sept. 2003, B.6 et le « principe général selon lequel le juge doit toujours pouvoir vérifier si une quelconque culpabilité incombe à quelqu'un » ; rem. aussi C.A., n° 132/2001, 30 oct. 2001, B.6.2 et B.7 concernant le principe de la personnalité des peines permettant à l'employeur de prouver qu'il n'a commis aucune faute en prenant toutes les mesures en son pouvoir, cela sur base du mot « infraction » interprété par la Cour comme signifiant uniquement l'élément matériel de l'infraction commise par un salarié, c'est-à-dire autrui, au sein de l'entreprise ...) (comp. C.A., n° 43/2001, 29 mars 2001, B.5.3 ; C.A., n° 162/2001, 19 déc. 2001, B.3 et C.A., n° 38/2002, 20 févr. 2002, B.7.1 à B.7.5 ; le tout en matière douanière, alors précisément que, pour établir la responsabilité pénale des personnes morales, référence a été faite explicitement aux problèmes rencontrés dans la matière : v. *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/6, p. 27).

⁸¹ Rapp. C. HENNAU, G. SCHAMPS et J. VERHAEGEN, *o.c.*, *J.T.*, 1998, p. 563 et note 23. Rem. en outre C.A., n° 125/2003, 24 sept. 2003, B.6 précité à la note précédente, sur base des articles 10 et 11 de la Constitution, mais aussi de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La consécration ou non de ce principe directement par la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas évidente, encore que, dans le texte français, on trouve les termes « culpabilité » à l'article 6, §2 (« présumée innocente ») et « condamné » ou « coupable » à l'article 7. A noter sur ce point que, durant la discussion en commission, un membre a souligné que « les articles de la CEDH sont applicables à la personne morale. L'article 7, qui dispose que la loi pénale ne peut avoir d'effet rétroactif, s'applique à l'incrimination des personnes morales » (*Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/6, p. 30). L'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'est pas plus précis (« condamné », mais aussi « jugement »). Peut-être davantage sur le principe de la personnalité des peines, mais qui concerne davantage la peine elle-même (non collective) que la responsabilité au sens de l'absence de responsabilité du fait d'autrui. V. aussi l'article 14.

⁸² Dans ce sens : *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/1, p. 2 et n° 1-1217/6, pp. 6 et 7.

TITRE III. - L'APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS

28. Troisième champ d'application à l'ordre du jour : celui lié au temps. Deux questions se posent en ce qui concerne l'application de la loi dans le temps.

La première question concerne le caractère rétroactif ou non de la loi en ce qui concerne les personnes physiques membres d'une personne morale ou assimilée. La seconde question se rapporte à la portée abrogatoire de la loi du 4 mai 1999 s'agissant des anciens remèdes imaginés par le législateur dans certaines matières pour pallier à l'absence de responsabilité pénale des personnes morales avant le 4 mai 1999.

Les deux questions demeurent d'actualité en situation d'arriéré judiciaire et compte tenu de la solution évolutive arrêtée par la Cour d'arbitrage en matière d'abrogation implicite.

CHAPITRE I. - LA NON-RETROACTIVITE DU DISPOSITIF

29. En ce qui concerne la rétroactivité, la Cour de cassation semble avoir tranché, par une série de six arrêts, l'épineux problème du caractère non rétroactif de la loi pénale, sauf lorsqu'elle est plus douce, par rapport aux infractions commises avant le 2 juillet 1999, date d'entrée en vigueur de la réforme. La question était controversée en jurisprudence comme en doctrine⁸³ s'agissant des dispositions de fond de la réforme⁸⁴.

⁸³ Sur le sujet, références comprises, le cas échéant, v. M. GOLLIER et F. LAGASSE, *o.c.*, *Chr.D.S.*, 1999, p. 529 ; A. MASSET, *o.c.*, *J.T.*, 1999, n° 17, p. 660, in *o.c.*, 2^e éd., T. XII, L. 119.3, 2001, p. 32, n° 140 et *o.c.*, 3^e éd., 2001-02, p. 79, note 94 ; G. STESSENS, *o.c.*, *V & F*, 1999, pp. 232 et 233 ; P. TRAEST, *o.c.*, *T.R.V.*, 1999, pp. 487 et 488 ; M. FAURE, *o.c.*, *T.P.R.*, 2000, n° 45, pp. 1357 à 1360 ; B. SPIRIET, «(De) cumul van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersoon en natuurlijke persoon - Retroactiviteit van de decumbepaling voor de natuurlijke persoon », note sous Gand, 14 janv. 2000, *T. Strafr.*, 2000, pp. 223 à 226 ; P. WAETERINCKX, *o.c.*, *R.W.*, 2000-01, pp. 1224 à 1229 et in *o.c.*, 2003, pp. 227 à 238 ; L. BIHAIN, *o.c.*, *J.L.M.B.*, 2001, p. 415 ; B. GERVAISONI, *o.c.*, *Amén.*, 2001, p. 222, note 283 ; L. MONSIEUX, *o.c.*, *D.A.O.R.*, 2001, pp. 256 à 262 ; J.-F. TERLINDEN, in *o.c.*, 2001, p. 81 et note 53 ainsi que p. 83 et note 56 ; J. VAN DEN BERGHE, in *o.c.*, 2001, pp. 138 et 139 ; L. VANWALLE, *o.c.*, *T.M.R.*, 2001, pp. 141 à 143 ; L. FESTAETS, *o.c.*, *R.W.*, 2001-02, pp. 1617 à 1620 ; M.-A. DELVAUX, « La loi du 4 mai 1999 et son application dans le temps », *J.D.S.C.*, 2002, pp. 310 à 313, note sous Corr. Bruxelles, 8 juin 2000 ; W. RAUWS, « Actualia inzake de verjaring in het arbeidsrecht », *R.W.*, 2002-03, p. 376 ; B. BILQUIN et A. BRAEM, in *o.c.*, 2003, n° 49, pp. 125 à 127 ; M. BURTON, in A. JACOBS et A. MASSET (éd.), *o.c.*, 2003, pp. 261 et 262 ; F. TULKENS et M. VAN DE

Toute la difficulté consistait à trouver une solution acceptable pour tous – c'est-à-dire conforme à l'assimilation – dès lors que la loi du 4 mai 1999 est *a priori*⁸⁵ et pour l'essentiel certes *défavorable* pour les personnes morales qui, désormais, peuvent être tenues pour pénalement responsables, d'une part, mais, d'autre part, *favorable* pour les personnes physiques qui peuvent se prévaloir, dans certains cas, d'une cause d'excuse absolutoire.

Comment identifier, dans ces conditions, le « droit favorable » qui, seul, peut rétroagir, mais qui, en l'occurrence, est très relatif selon la personne concernée ? Fort logiquement, ce sont des personnes physiques qui, les premières, ont posé la question de savoir s'ils pouvaient être « disculpés » de certaines infractions « au profit » de personnes morales...

30. Dans les premiers arrêts^{86 87}, qui ont eu pour effet d'emporter l'adhésion de la plupart des juridictions de fond interpellées à cet égard⁸⁸, la

KERCHOVE, *o.c.*, 6^e éd., 2003, pp. 227 et 228 ; E. ROGER FRANCE et M. VAN DEN ABEELE, *o.c.*, *Dr. banc. fin.*, 2003, pp. 262 et 263 et note 23 ; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 2003, pp. 101, 102 et 133 ; J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2^e éd., 2004, n° 199, pp. 363 à 365.

Pro rétroactivité : P. HAMER et S. ROMANIELLO, *o.c.*, 1999, p. 67 ; A. MASSET, *o.c.*, *J.T.*, 1999, n° 17, p. 660 ; P. TRAEST, *o.c.*, *T.R.V.*, 1999, pp. 487 et 488 ; H. VAN BAVEL, *o.c.*, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 226 ; A. DE NAUW et F. DERUYCK, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 907 ; C. VANDERLINDEN, *o.c.*, *R.D.P.C.*, 2000, pp. 684 à 686 ; T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *o.c.*, 2001, n° 53, p. 49.

Le risque d'un défaut de condamnation pour les infractions non encore jugées à l'entrée en vigueur de la loi a été régulièrement invoqué, en cas de rétroactivité de la cause exclusive de peine en faveur d'une personne physique, la rétroactivité étant impensable s'agissant de la responsabilité pénale de la personne morale, et notamment par F. KEFER, *in o.c.*, 1999, n° 27, pp. 198 et 199 et *in C.U.P.*, *o.c.*, 2000, n° 46, p. 39 ; J. MESSINNE, *o.c.*, *R.D.P.C.*, 2000, p. 655.

⁸⁴ Les dispositions spéciales de procédure pénale étant d'application immédiate, comme l'a rappelé, dès les premiers commentaires, A. MASSET, *o.c.*, *J.T.*, 1999, n° 17, p. 659. V. l'article 3 du Code judiciaire.

⁸⁵ En pratique, les situations peuvent s'avérer plus subtiles sans que les critères avancés par la Cour de cassation prennent en compte l'appréciation subjective du citoyen, cependant.

⁸⁶ La Cour de cassation a été amenée à statuer le 3 octobre 2000, pour la première fois, à propos de l'application rétroactive ou non de la loi du 4 mai 1999 en matière de transport par routes concernant l'infraction de surcharge (Cass., 3 oct. 2000, *www.cass.be*, *Pas.*, 2000, I, p. 1453 et *R.W.*, 2000-01, p. 1233, note L. DELBROUCK, « De werking in de tijd van art. 5, tweede lid, Sw », le tout avec concl. conf. av. gén. DE SWAEF, éq. publiées en note *in R.D.P.C.*, 2001, p. 865 ; *T. Strafr.*, 2000, p. 263 et note F. DERUYCK et B. SPRIET, « De (niet-)retroactiviteit van de decumbepaling van artikel 5, lid. 2, van het strafwetboek : een gesloten discussie ? » ; *J.L.M.B.*, 2001, p.

408 et obs. L. BIHAIN, « Responsabilité pénale des personnes morales : présentation synthétique » ; *A.J.T.*, 2000-01, p. 493, note H. VAN BAVEL, « Over de toepassing in de tijd van artikel 5 lid 2 van het strafwetboek » ; *D.A.O.R.*, 2001, 286 et L. MONSEREZ, « De cumulatie van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen met die van natuurlijke personen : het hof van cassatie lijkt een strikte interpretatie voor te staan », pp. 256 à 262 ; *Chr.D.S.*, 2001, p. 403 ; *T.M.R.*, 2000, p. 1485 ; *Arr. Cass.*, 2000, p. 1485). Les requérants étaient des personnes physiques qui soutenaient que l'article 5 ayant créé en leur faveur une possibilité supplémentaire d'échapper à une condamnation – qualifiée en l'occurrence de « cause d'excuse absolutoire » –, la loi pénale concernée, plus légère, devait leur être appliquée rétroactivement, ce que le Tribunal correctionnel d'Anvers, statuant en degré d'appel, avait refusé en prétextant que la loi du 4 mai 1999 n'instaure pas réellement un nouveau taux de peine. Dans son arrêt, la Cour commence par reconnaître que le concept de peine n'est pas exclusif d'une loi pénale favorable et que l'article 2, alinéa 2 du Code pénal est également applicable lorsqu'une nouvelle loi crée pour l'infraction une cause d'excuse absolutoire, malgré le libellé de la disposition. V. sur ce point les concl. conf. av. gén. DE SWAEF, précitées, au terme desquelles « Une doctrine presque unanime admet sur cette base que la règle de la loi pénale la moins sévère est également d'application lorsque la nouvelle loi pénale prévoit une cause d'excuse que l'ancienne loi ne prévoit pas (Voir entre autres L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Louvain, Acco, 1990, n° 177, p. 133 ; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Diegem, Kluwer, 1998, 212 ; J. CONSTANT, *Traité élémentaire de Droit Pénal*, 110 ; A. MARCHAL et J.P. JASPAR, *Droit criminel ; Traité théorique et pratique*, I, Bruxelles, Larcier, 1965, n° 26, p. 17. Voir pour la France : P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, 488) et la Cour a confirmé dans l'arrêt du 17 novembre 1993 que le principe de la rétroactivité de la loi pénale la moins sévère, consacré par l'article 2, alinéa 2 du Code pénal, est applicable à tout ce qui améliore la situation du prévenu (Cass., 17 nov. 1993, *R.G.* 417, n° 466). Lorsque le législateur a prévu que le fait, quand bien même il demeure illégal, ne mérite plus d'être puni sous certaines conditions, l'auteur doit bénéficier de ce changement de conception du législateur » (*Pas.*, 2000, I, pp. 1457 et 1458).

⁸⁷ La prime jurisprudence de la Cour a été confirmée, en des termes comparables mais néanmoins parfois différents, par Cass., 26 févr. 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 543, avec concl. av. gén. DE SWAEF ; *R.D.P.C.*, 2003, p. 1065 ; *A.J.T.*, 2001-02, p. 1005, note H. VAN BAVEL, « Nogmaals over de toepassing in de tijd van artikel 5 lid 2 van het strafwetboek » et *R.W.*, 2002-03, p. 134 avec concl. ; *www.cass.be* (rapport de la Cour de cassation 2001-02) ; Cass., 5 mars 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 642 et *R.W.*, 2003-04, p. 536, note P. CABOOR et P. WAETERINCKX, « De strafuitsluitende verschoningsgrond van art. 5, tweede lid Sw., ook het internationaal recht sluit de discussie » (absent du rapport 2001-02 de la Cour) ; Cass., 30 avr. 2002, *R.W.*, 2002-03, p. 748 et note P. POPELIER (absent dans le rapport de la Cour de cassation 2002-03) ; Cass., 11 déc. 2002, *J.T.*, 2003, p. 547 (sommaire) (absent dans le rapport de la Cour de cassation 2002-03) ; Cass., 19 nov. 2003, *J.T.*, 2004, p. 388 (sommaire) ; *D.C.J.*, 2003, n° 114, p. 274. Lorsque la Cour en avait l'occasion, elle a complété cette jurisprudence en précisant la portée de deux textes de droit international parfois invoqués à la rescousse, à savoir l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, et surtout l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. V. ci-dessous.

Cour de cassation s'est laissée convaincre par l'argument un peu artificiel de la volonté du législateur, traditionnel dans sa jurisprudence⁸⁹, volonté dont elle précise d'ailleurs qu'elle doit être incontestable⁹⁰, alors pourtant qu'elle est seulement déduite du régime instauré par la loi, comme en l'espèce, à défaut pour le législateur de s'être exprimé clairement sur la rétroactivité⁹¹.

L'élément déterminant, pour la Cour, est le lien étroit, opéré par le législateur, entre la cause d'excuse absolutoire et la responsabilité pénale de la personne morale et ce dans le dispositif même de l'article 5, alinéas 1^{er} et 2 du Code pénal. Certes, le législateur a créé une « cause d'excuse absolutoire »⁹², mais uniquement dans l'hypothèse où une infraction a été

⁸⁸ Notamment Liège, 28 juin 2002, confirmé par Cass., 11 déc. 2002, précité.

⁸⁹ Sur ce point, v. sp. les concl. conf. av. gén. DE SWAEF, *Pas.*, 2000, I, pp. 1459 et 1460, jurisprudence et doctrine à l'appui, en particulier la célèbre mercuriale L. DEPELCHIN, « Considérations sur l'article 2 du Code pénal », *Bull.*, 1965, pp. 7 à 12 et *J.T.*, 1965, pp. 477 à 485. Il en ressort, de manière générale, que l'exception au caractère rétroactif de la loi pénale favorable au prévenu ne peut pas déboucher sur l'abandon de toute poursuite, à défaut d'une volonté législative claire dans ce sens (v. dans ce sens la présentation de l'arrêt dans le rapport de la Cour 2000-01, p. 116 et 117). V. encore J. MESSINNE, *o.c.*, vol. I, 7^e éd., 2000-01, pp. 148 à 152 ; L. FESTAETS, *o.c.*, *R.W.*, 2001-02, p. 1620, n° 8 ; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 6^e éd., 2003, pp. 227 à 229 ; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 2003, pp. 94 à 116.

⁹⁰ Il faut toujours se méfier des termes trop radicaux ...

⁹¹ La volonté du législateur est d'ailleurs « présumée » par le ministère public, en conclusion, *Pas.*, 2000, I, p. 1459. A la page précédente, celui-ci reconnaît en outre, certes dans l'autre sens, qu'« A aucun moment lors des travaux parlementaires, le législateur n'a dit qu'une personne physique à charge de laquelle, - sous l'empire de l'ancien régime selon lequel les personnes morales ne pouvaient être punies, - l'infraction commise par la personne morale serait retenue, ne pourrait plus être punissable après l'entrée en vigueur de la loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales dès lors que, sous le nouveau régime, cette personne physique ne serait plus sanctionnable. Si telle avait été l'intention du législateur, les infractions commises par cette personne physique (et par la personne morale) demeureraient impunies » (*ibid.*, p. 1459). Le ministère public va même jusqu'à prendre la peine de préciser qu'« Il est certes dit dans l'exposé des motifs : « La proposition entend ainsi revenir sur une certaine jurisprudence audacieuse dans l'imputation d'infractions aux personnes dirigeantes au sein de personnes morales en considérant que la preuve de l'infraction était présente sur la base de manquements de ces personnes (...) ». (*Doc. parl.*, Sénat, s.o., 1998-99, n° 1271/1, p. 6). Toutefois, cela ne signifie pas que le législateur a ici voulu compromettre les poursuites en cours. L'objectif précité n'est en effet possible que si la personne morale peut être punie ; une personne physique peut seulement à cette condition être autorisée à invoquer une cause d'excuse exclusive de peine » (*ibid.*).

⁹² Une cause « d'excuse absolutoire » ou « exclusive de peine » (selon la terminologie, en règle, des chambres francophone et néerlandophone), sans préjudice d'une

commise tant par une personne physique que par une personne morale, pour autant que l'infraction commise par la personne physique l'ait été par

responsabilité civile éventuelle et n'entraînant donc pas un acquittement pur et simple, comme il est souvent donné de voir en jurisprudence, même si la responsabilité civile des agents est fort limitée dans le secteur du travail (rem. sur ce dernier point B. DUBUISSON, « Les immunités civiles ou le déclin de la responsabilité individuelle : coupables mais pas responsables », in B. DUBUISSON et P. HENRY (coord.), *Droit de la responsabilité civile. Morceaux choisis*, C.U.P., Larcier, 2004, pp. 69 à 127). V. (en ce compris sur <http://www.cass.be> et généralement précités à la note 86) Cass., 3 oct. 2000, précité ; Cass., 4 sept. 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1333 et *T. Strafr.*, 2002, p. 40 et note R. VERSTRINGHE ; Cass., 26 févr. 2002, précité ; Cass., 5 mars 2002, précité ; Cass., 30 avr. 2002, précité ; Cass., 11 déc. 2002, *J.T.*, 2003, p. 547 (sommaire) ; rapport de la Cour de cassation 2002-03 relatant Cass., 4 mars 2003, <http://www.cass.be>, *R.W.*, 2003-04, p. 1022 et *NjW*, 2003, p. 563 le tout avec (extrait des) concl. conf. av. gén. DE SWAEF ; *J.D.J.*, 2004, n° 234, p. 38 ; Cass., 19 nov. 2003, précité ; Cass., 9 mars 2004, R.G.P. 03.1551.N ; Cass., 10 mars 2004, *R.D.P.C.*, 2004, p. 944, impl. et note F. KEFER, sp. p. 949, n° 3. Rem. en outre Cass., 4 sept. 2001, précité : « l'application éventuelle de la cause d'excuse absolutoire de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal ne donne pas lieu à l'extinction de l'action publique au sens du chapitre IV de la loi du 17 avr. 1878 contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale et de l'article 135, § 2, du Code d'instruction criminelle ». Rem. encore : C.A., n° 42/2003, 9 avr. 2003, sp. B.4 (*Rec.*, 2003, p. 539 ; *J.D.S.C.*, 2003, p. 295 ; *R.W.*, 2003-04, p. 533, note ; *T. Strafr.*, 2003, p. 291) et C.A., n° 99/2003, 2 juil. 2003, sp. B.2 : une « cause exclusive de peine » (*Rec.*, 2003, p. 1219 ; *D.C.J.*, 2003, n° 109, p. 261) ; C.A., n° 75/2004, 5 mai 2004, précité, B.3 et B.7 : une « cause d'excuse absolutoire » alors que la question préjudicielle évoquait une cause de justification ... Dans le sens et pour un cas d'une responsabilité civile éventuelle même en cas de bénéfice de l'excuse absolutoire : Corr. Liège, 28 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1331 et *T. Strafr.*, 2004, p. 186 avec note S. VAN DYCK et J. VANANROYE, « Het lot van de burgerlijke vordering bij toepassing van de strafuitsluitende verschoningsgrond uit art. 5.2 Sw. » ; A. MASSET, *o.c.*, *J.T.*, 1999, n° 14, p. 656 (l'auteur ne précisant pas si le juge civil peut ou non encore être saisi) et in *o.c.*, 2^e éd., T. XII, L. 119.3, 2001, n° 115, p. 26 (l'auteur précisant que l'exemption de responsabilité civile vaudrait uniquement devant le juge pénal) ; P. TRAEST, *o.c.*, *T.R.V.*, 1999, p. 466, devant le juge civil ; H. VAN BAVEL, *o.c.*, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 214, note 32, devant le juge civil ; F. KEFER, in C.U.P., *o.c.*, 2000, p. 23, n° 16 ; C. VANDERLINDEN, *o.c.*, *R.D.P.C.*, 2000, pp. 666 et 667, y compris devant le juge pénal ; I. HAMER et A. DELANNAY, *o.c.*, 2001, p. 17 ; W. RAUWS, *o.c.*, *R.W.*, 2002-03, p. 376 ; B. BILQUIN et A. BRAEM, in *o.c.*, 2003, n° 27, p. 111 à la suite d'A. MASSET ; M. BURTON, in A. JACOBS et A. MASSET (éd.), *o.c.*, 2003, pp. 241 et 259 ; J. VANANROYE et S. VAN DYCK, « Burgerrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersoon en natuurlijke persoon bij de 'decumul' van art. 5 tweede lid Sw. », *T.R.V.*, 2003, sp. p. 443, n° 4 et n° 25, pp. 458 à 460, y compris devant le juge pénal ; J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2^e éd., 2004, n° 221, pp. 434 et 435 (l'auteur signale la controverse au sujet de la compétence du juge pénal à condamner au civil uniquement).

Contra : proposition de loi M. DARDENNE et F. TALHAOU, 12 févr. 2003, *o.c.*, *Doc. parl.*, Ch., s.o. 2002-03, n° 50-2287/001, p. 6. Rem. F. DERUYCK, *o.c.*, *R.D.C.*, 1999, n° 14, p. 655 : une définition juridique tout sauf évidente.

négligence, et en faveur de celle de ces deux personnes ayant commis la faute la moins grave.

Pour la Cour, il ressort clairement de cette association entre cause d'excuse absolutoire et caractère punissable de la personne morale que l'objectif poursuivi par la nouvelle disposition légale, et donc par le législateur, n'était incontestablement pas que cette cause exclusive de peine puisse être applicable aux infractions commises sous l'empire de l'ancienne loi, mais uniquement à celles qui auraient été commises après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

31. En bref, selon la Cour, la cause d'excuse absolutoire est à ce point liée à la responsabilité pénale de la personne morale qu'elle ne saurait pas exister sans elle. Et elle en déduit la volonté incontestable du législateur de limiter la cause d'excuse aux infractions commises après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, sans rétroaction.

La solution a le mérite de la logique et la Cour aurait difficilement pu décider autrement, sous peine de consacrer une sorte de période d'impunité ou d'immunité durant laquelle ni la personne morale ni la personne physique ne peut être *condamnée*. C'est en effet « l'impossibilité d'appliquer rétroactivement la loi pénale plus sévère à l'égard de la personne morale (qui) implique l'impossibilité pour la personne physique d'invoquer la nouvelle cause d'excuse exclusive de peine »⁹³.

32. La solution est logique, mais la motivation prête le flanc à la critique.

Certes, sur le plan des principes, le législateur peut déroger à l'article 2 du Code pénal⁹⁴. Le cas échéant, cependant, il doit justifier sa position au regard des principes d'égalité et de non-discrimination, d'une part, et, d'autre part, des articles 12 et 14, alinéa 2 de la Constitution, s'agissant d'une dérogation à une règle générale qui constitue un standard, en l'occurrence le droit commun. Il s'agit en effet de permettre à la Cour d'arbitrage d'exercer son contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Or, tel n'a pas été le cas en l'espèce et l'on peut clairement s'interroger sur la qualité de la loi, déjà à cet égard. Mais à vrai dire, une remarque du même

⁹³ Concl. conf. av. gén. DE SWAEF préc. Cass., 3 oct. 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1458, adr.

⁹⁴ Aux termes duquel, dans deux alinéas distincts, « Nulle infraction ne peut être punie de peines qui n'étaient pas portées par la loi avant que l'infraction fût commise. Si la peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction, la peine la moins forte sera appliquée ».

ordre peut déjà être faite à propos de l'article 2 du Code pénal lui-même, à partir duquel une véritable « doctrine jurisprudentielle »⁹⁵ a été développée par la Cour de cassation en matière d'application de la loi dans le temps et dont il faut bien reconnaître qu'elle s'est considérablement écartée du texte même de la disposition du Code pénal⁹⁶.

En outre et surtout, le principe de non rétroactivité du droit pénal et de rétroactivité du droit pénal favorable n'est pas seulement consacré par l'article 2 du Code pénal. Il l'est également par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁷ et surtout par l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁹⁸ auxquels le législateur belge ne peut pas déroger, primauté du droit international à effet direct oblige.

⁹⁵ L. DEPELCHIN, *o.c.*, *J.T.*, 1965, p. 482 : « la doctrine de la cour » ...

⁹⁶ A commencer par étendre la peine la moins forte à la loi la plus douce au sens large, à un point tel qu'on ne parle même plus, aujourd'hui, d'une dérogation au principe à propos de l'application rétroactive de la loi la plus douce, mais bien d'une application du principe lui-même. De même, requérir du législateur qu'il ait manifesté la volonté de renoncer pour le passé à la répression que comportait la loi antérieure pour reconnaître une portée rétroactive à la nouvelle loi plus légère revient en réalité à nier la teneur même du dispositif de l'article 2 du Code pénal et à restreindre la portée rétroactive de la loi plus légère concernant l'incrimination (à considérer celle-ci comme incluse par la notion de peine). Rem. à cet égard L. DEPELCHIN, *o.c.*, *J.T.*, 1965, p. 478 : « Il serait (...) vain d'essayer de trouver dans le texte même de cet article la justification de toutes les décisions rendues ».

⁹⁷ « De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise » (art. 7. 1, 2^e phrase).

⁹⁸ « Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier » (article 15. 1). A noter que dans certains codes et ouvrages, la deuxième phrase est purement et simplement omise.

⁹⁹ Tant la Convention que le Pacte prévoient une exception liée à la criminalité d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Article 7.2 de la Convention : « Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Article 15.2 du Pacte : « Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ».

33. Sans surprise, des prévenus ont explicitement invoqué les deux textes internationaux pour contester l'absence de rétroactivité de l'excuse absolutoire. Selon la Cour, toutefois, ni l'article 7 ni l'article 15¹⁰⁰ ne « font obstacle » à l'interprétation qu'elle préconise dès lors que, pour elle, l'article 15 du Pacte ne dit pas autre chose que l'article 2 du Code pénal ; l'argument de la volonté du législateur resterait donc décisif¹⁰¹.

C'est bien essayé, mais en écrivant cela, la Cour s'approprie en réalité des normes de droit international supérieures à la volonté du législateur et auxquelles celui-ci ne peut pas déroger. En l'occurrence, elle le fait d'autant plus librement que le Pacte international, en particulier, n'est pas flanqué d'une juridiction internationale comparable à la Cour européenne des droits de l'homme pour imposer un autre point de vue ... ce qui n'est pas sans importance si l'on sait que seul l'article 15 du Pacte prévoit expressément que le délinquant *doit bénéficier* de l'application d'une peine plus légère prévue par la loi postérieurement à l'infraction. L'article 7 de la Convention européenne, quant à lui, se limite à prohiber l'application rétroactive de la loi pénale plus sévère.

34. La Cour n'a donc pas tort, en réalité, lorsqu'elle écrit que l'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme « prohibe l'application rétroactive de la loi pénale plus sévère mais ne prescrit pas celle de la loi qui l'est moins ». C'est exact, même s'il est loin d'être exclu qu'un jour la Cour européenne des droits de l'homme s'éloigne considérablement du texte de l'article 7 ...

¹⁰⁰ Il en va de même s'agissant du principe de droit de la non-rétroactivité et de rétroactivité du droit favorable.

¹⁰¹ Dans l'arrêt du 26 février 2002 précité, la Cour affirme que ces « dispositions conventionnelles ont pour seule conséquence que le prévenu peut prétendre rétroactivement à un régime plus favorable que celui qui était applicable au moment de la commission du fait mis à charge, lorsqu'il ressort du nouveau règlement un changement de *conception du législateur* en ce qui concerne le caractère punissable de ce fait ; (...) l'article 5, alinéas 1^{er} et 2, précité du Code pénal n'ayant pas l'objectif de modifier le caractère punissable des faits commis par des personnes physiques avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, l'exclusion de la cause exclusive de peine instaurée par ces dispositions légales ne viole pas les dispositions conventionnelles susmentionnées ». L'influence des conclusions de l'avocat général DE SWAEF se lit dans le texte de l'arrêt et dans le rapport de la Cour de cassation 2001-02 (seules les modifications de la mesure de la peine seraient concernées). Dans le même sens, à propos de l'article 15.1 du Pacte uniquement : Cass., 5 mars 2002, précité. L'arrêt du 11 décembre 2002 est plus précis. La Cour y aborde directement la question du droit international et distingue soigneusement les deux dispositions, comme expliqué dans le texte ci-dessous.

Par contre, la Cour prend nettement plus de liberté avec l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques selon lequel, pour mémoire, le délinquant *doit bénéficier* de l'application d'une peine plus légère prévue par la loi postérieurement à l'infraction. Le texte est pourtant assimilé à l'article 2, alinéa 2 du Code pénal par la Cour ; il ne prescrirait pas autre chose : la peine la moins forte *sera appliquée* en cas de différence de peine entre le temps de l'infraction et celui du jugement.

Aussi, toujours selon la Cour, il résulterait de ces deux dispositions qu'un fait cesse d'être punissable « à la condition que l'intention non douteuse du pouvoir législatif ait été de renoncer à toute répression pour le passé comme pour l'avenir ». Or, dès lors que « l'excuse absolutoire instituée par l'article 5, alinéa 2, du Code pénal n'est applicable qu'en cas de concours entre la responsabilité pénale d'une personne morale et celle d'une personne physique identifiée (...), cette excuse ne saurait (...) absoudre l'auteur d'une infraction commise avant que le législateur ait institué et réglé un tel concours »¹⁰².

35. Avec le recul, si la seconde partie du raisonnement paraît convaincante, la première le semble moins. Elle tient à la volonté du législateur qui, selon nous, est incompatible avec le prescrit clair de l'article 15 du Pacte international. La Cour de cassation, en effet, conditionne la portée rétroactive d'un renoncement éventuel à la répression à l'intention non douteuse du pouvoir législatif. Cela revient à s'approprier une norme du droit international et à l'assimiler à une disposition de droit interne sans tenir compte de sa position supérieure dans la hiérarchie des normes. Certes, l'article 15 n'a pas la même portée que l'article 7 en l'absence d'une juridiction internationale destinée à en assurer le respect concernant le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Mais ce n'est pas une raison pour faire dire à cette disposition de droit international ce que, manifestement, elle ne dit pas¹⁰³.

¹⁰² Cass., 11 déc. 2002, précité.

¹⁰³ Dans le même sens, v. F. DERUYCK et B. SPRIET, *o.c.*, *T. Strafr.*, 2000, pp. 268 et 269 ; H. VAN BAVEL, *o.c.*, *A.J.T.*, 2000-01, pp. 495 à 497 et *o.c.*, *A.J.T.*, 2001-02, pp. 1006 et 1007 ; P. WAETERINCKX, *o.c.*, *R.W.*, 2000-01, pp. 1228 et 1229 ; L. MONSIEUX, *o.c.*, *D.A.O.R.*, 2001, p. 262 ; L. VANWALLE, *o.c.*, *T.M.R.*, 2001, p. 142. Une discussion est pourtant née sur la portée de l'article 15.1 du Pacte international, au regard des travaux préparatoires du Pacte et d'amendements non adoptés à l'époque. Selon l'avocat général DE SWAEF - sur ce point quasi seul contre tous les auteurs -, cette portée serait limitée, en ce qui concerne l'effet rétroactif de la loi pénale la plus douce, aux modifications de la mesure de la peine, à l'exclusion du

caractère punissable d'une infraction, auquel cas un changement de conception du législateur serait requis.

Contra, outre les auteurs déjà cités : C.J. VANHOUDT et W. CALEWAERT, *Belgisch Strafrecht*, Gand, E. Story-Scientia, 1976, n° 150 et 151 ; A. DE NAUW, « De gelding in de tijd van de wet betreffende het verstrekken van sterke drank », note sous Cass., 11 févr. 1986, *R.W.*, 1986-87, col. 1086 à 1090 ; L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Louvain, Acco, 1989-90, p. 132 ; B. SPIET, « Het strafrechtelijk retroactiviteitsbeginsel toegepast op een gunstige wijziging van de uitvoeringsreglementering », in *Om deze redenen. Liber amicorum Armand Vandeplass*, Gand, Mys & Breesch, 1994, pp. 372 à 377, sp. n° 29 et 31 et « Retroactiviteit van het strafrecht », in *Retroactiviteit van rechtsregels*, Jura Falconis libri (red.), 1998, pp. 158 à 160 et o.c., T. *Strafr.*, 2000, n° 4, p. 225 ; E. VAN MUYLEM, « Gunstige wijziging van het verkeersreglement – Toepassing van het retroactiviteitsbeginsel », note sous Cass., 21 févr. 1995, *A.J.T.*, 1995-96, p. 142, n° 6 et note 16 ainsi que « Conflict van strafwetten in de tijd », *A.J.T.*, 1998-99, pp. 527 et 528 et note 107 ; O. VANDEMEULEBROEKE, « Propos sur la rétroactivité des incriminations pénales (art. 2, al. 2 du Code pénal) », in *Liber amicorum José Vanderveeren*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 157 et 158, n° 46 ; P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd. Vaststelling en beoordeling van temporele functies*, A.P.R., Anvers, E. Story-Scientia, 1999, n° 203, pp. 128 et 129 et note sous Cass., 30 avr. 2002, o.c., *R.W.*, 2002-03, pp. 748 et 749 ; L. FESTAETS, o.c., *R.W.*, 2001-02, p. 1620, n° 8, critiquant sur ce point l'arrêt commenté (Anvers, 13 sept. 2001) ; Anvers, 22 juin 2000, *A.J.T.*, 2000-01, p. 328 ; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, o.c., 6^e éd., 2003, p. 227 et note 466.

Pro : M. DE SWAEF, concl. conf. préc. Cass., 26 févr. 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 543 et *R.W.*, 2002-03, p. 135 ; P. WAETERINCKX, in o.c., 2003, sp. pp. 233 à 235 (v. pourtant o.c., *R.W.*, 2000-01, pp. 1228 et 1229) ; P. CABOOR et P. WAETERINCKX, « De strafuitsluitende verschoningsgrond van art. 5, tweede lid Sw., ook het internationaal recht sluit de discussie », o.c., *R.W.*, 2003-04, pp. 537 à 539 ; C. VAN DEN WYNGAERT, o.c., 2003, pp. 101 et 133 et sp. p. 111.

Une telle interprétation ne s'inscrit pas du tout dans l'air du temps. On se référera à cet égard à un article récent de D. ROETS qui conclut, certes à partir de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, qu'il « ne fait aucun doute (...) que, d'une manière générale, la Convention européenne bouscule notre conception traditionnelle des règles relatives à l'application de la « loi pénale » dans le temps » (« L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 2004, pp. 1991 à 1994, ici p. 1994). Est précisément visée, en l'occurrence, l'interprétation extensive du mot peine contenu dans l'article 7 de la convention ... uniquement sur base du texte de la convention ... A l'instar des notions de « droits et obligations de caractère civil » et d'« accusation en matière pénale », en effet, la notion de « peine » possède une « portée autonome », selon la Cour européenne, et « pour rendre efficace la protection offerte par cette disposition, (celle-ci) doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et apprécier (...) si une mesure particulière s'analyse au fond comme une « peine » au sens de cette clause. Le libellé de l'article 7 par. 1 (art. 7-1), seconde phrase, indique que la base de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une « infraction ». D'autres éléments peuvent être estimés pertinents à cet égard : la qualification de la mesure en droit interne, sa nature et son but, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa

Une motivation plus rigoureuse doit donc être cherchée ailleurs que dans la volonté présumée du législateur, du côté de la seconde partie du raisonnement de la Cour à laquelle celle-ci eût gagné de s'arrêter. C'est au demeurant ce que la Cour a fait dans son arrêt du 19 novembre 2003, sans aborder toutefois, dans cet arrêt, la difficulté du droit international. Selon la Cour, l'excuse absolutoire introduite par l'article 5, alinéa 2 du Code pénal « n'est applicable qu'en cas de concours entre la responsabilité pénale d'une personne morale et celle d'une personne physique identifiée ; (...) cette excuse ne saurait dès lors absoudre l'auteur d'une infraction commise avant que le législateur ait institué et réglé un tel concours ». De la sorte, il n'est plus fait référence à l'intention du législateur, argument somme toute superfétatoire, mais uniquement au dispositif lui-même de l'article 5¹⁰⁴.

36. Pour mémoire, le dilemme de la portée rétroactive du texte tient en ce que l'excuse absolutoire, favorable aux personnes physiques, est étroitement liée – conditionnée, faudrait-il même écrire – à la responsabilité pénale des personnes morales, quant à elle défavorable aux personnes morales. La question revient donc à se demander s'il est juridiquement acceptable de diviser l'application d'un même mécanisme juridique en modulant son application dans le temps selon l'effet favorable ou défavorable qu'il a sur les personnes dans le cadre d'une même affaire donnée ? Est-il envisageable, le cas échéant, d'accorder un effet rétroactif à une partie seulement d'un dispositif dont les modalités sont pourtant intimement liées entre elles au point d'être consubstantielles ?

Une réponse négative s'impose et elle plaide en faveur de ce que l'on peut appeler « l'indivisibilité de la portée dans le temps d'un mécanisme juridique homogène » lorsque ses éléments sont à ce point liés entre eux qu'ils doivent être combinés pour pouvoir être appliqués. L'indivisibilité doit être résolue selon l'élément principal du dispositif, conformément à l'adage selon lequel l'accessoire suit en règle le principal. Or, en l'occurrence, l'élément principal est la responsabilité pénale des personnes

gravité » (C.E.D.H., arrêt *Jamil c. France*, 8 juin 1995, req. 15917/89, §§ 30 et 31, en l'occurrence concernant la contrainte par corps assimilée à une peine - à caractère punitif - contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation française ; dans le même sens C.E.D.H., arrêt *Welch c. Royaume-Uni*, 9 févr. 1995, req. 17440/90, §§ 27 et 28, s'agissant d'une ordonnance de confiscation et compte tenu de la combinaison d'éléments répressifs analysés, emportant un préjudice plus grand).

¹⁰⁴ Tel est au demeurant l'enseignement fondamental que la Cour souhaite que l'on retienne de son premier arrêt du 3 octobre 2000, à en croire le rapport annuel 2002-03 cité ci-dessous dans le texte.

morales qui permet d'excuser, dans certains cas, des personnes physiques. Sans perdre de vue, au demeurant, que l'effet rétroactif, limité en l'occurrence à la cause d'excuse, est en réalité une exception à la règle¹⁰⁵ de la non rétroactivité et devrait donc être interprété de manière stricte. Cette solution, enfin, paraît plus conforme au principe de proportionnalité.

37. Reste alors à concilier une telle interprétation avec les normes de droit international déjà évoquées dont on a vu que l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, surtout, pose des difficultés. C'est oublier, en réalité, que ledit Pacte consacre aussi les principes d'égalité et de non-discrimination, dans ses articles 2, 14, 24, 25 et 26, avec lesquels l'article 15.1 doit par conséquent être combiné.

Le principe d'égalité est formulé de manière très large à l'article 26 du Pacte, en particulier, au terme duquel « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi* »¹⁰⁶. Or, en l'espèce, l'immunité causée par une application modulée de la loi dans le temps préjudicierait de manière disproportionnée les victimes et la société, de par l'impunité causée sur le plan pénal¹⁰⁷, et ce par rapport à la personne physique responsable qui, exceptionnellement seulement et de son seul point de vue, doit normalement profiter de l'effet rétroactif de la loi pénale la plus douce¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Même si l'on évoque souvent une « règle » de la rétroactivité de la peine plus légère.

¹⁰⁶ L'article dispose encore qu'« *A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* » (idr). Rem. aussi l'article 16 : « *Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique* ».

¹⁰⁷ A noter que les intérêts civils des victimes semblent préservés, en revanche, dans la mesure où la cause d'excuse absolutoire ne porte pas atteinte aux droits civils des victimes puisque, théoriquement, elle ne dispense que de la peine. Ne convient-il pas, cependant, de retenir une approche concrète du principe de non-discrimination et de tenir compte, en conséquence, de l'inclinaison des juges du fond à lier les fautes pénales et civiles, ce qui est évidemment préjudiciable aux victimes du point de vue civil ? A noter encore qu'il n'est pas exclu que la personne morale trouve un intérêt civil, dans certaines hypothèses, à voir condamner la personne physique sur base du critère de la faute la plus grave.

¹⁰⁸ La Cour de cassation est ainsi rejointe dans son souci de protéger les victimes qui l'avait conduite à formuler une exception à la rétroactivité de la loi la plus douce (difficilement conciliable, souvent, avec l'article 15.1 du Pacte international) lorsqu'elle porte atteinte à l'ordre public, aux droits de la défense ou aux droits de la victime (Cass., 21 nov. 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 281, s'agissant d'une loi modifiant les modalités de réparation d'une infraction, et tel qu'interprété par F. TULKENS et M. VAN

Bref, accepter de diviser l'application d'un même mécanisme juridique en modulant cette application dans le temps selon l'effet favorable ou défavorable qu'il a sur les personnes dans le cadre d'une même affaire donnée paraît contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques au même titre que l'effet rétroactif de la loi la plus douce ; principes qu'il s'impose de combiner.

38. Tel n'est pas exactement le point de vue développé par la Cour d'arbitrage notamment dans son arrêt n° 99/2003 du 2 juillet 2003¹⁰⁹. La Cour était explicitement interrogée sur la compatibilité de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 (en réalité 15) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dans l'interprétation selon laquelle la cause exclusive de peine ne s'applique pas aux infractions commises (ni sciemment ni volontairement) avant son entrée en vigueur. La Cour a cependant préféré évacuer le problème, y compris dans sa dimension internationale, en invoquant son joker dès la première étape du contrôle de conformité, à savoir celle du test de comparabilité. Selon la Cour, en effet, on ne peut pas comparer le sort réservé aux personnes selon que l'on se situe avant et après l'entrée en vigueur de la loi ; dans ce cas de figure, les deux catégories de personnes ne sont jamais comparables.

39. Implicitement, cependant, la volonté du législateur de ne pas conférer une portée rétroactive à la loi plane sur la décision de la Cour d'arbitrage. La Cour s'est en effet limitée à considérer que la personne physique, le cas échéant, « se trouve dans une situation qui ne permet pas de la comparer à la personne » ayant commis des infractions (ni sciemment ni volontairement) après l'entrée en vigueur de la loi : « le droit en vigueur avant la loi du 4 mai 1999 excluait la dualité d'auteurs puisque les

DE KERCHOVE, o.c., 6^e éd., 2003, p. 228 et note 473). Dans le sens d'une interprétation discriminatoire au regard des articles 10 et 11 de la Constitution (uniquement) en ce qu'elle prive la victime de la possibilité d'obtenir réparation de son préjudice devant le juge pénal : L. BIHAIN, « Des modifications en matière de responsabilité pénale dans la gestion des entreprises. Conséquences visibles et occultes », in *Dirigeant d'entreprise : un statut complexe aux multiples visages*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 129.

¹⁰⁹ D.C.J., 2003, n° 109, p. 261. Dans le même sens, sans que les traités internationaux aient été invoqués, mais dans les mêmes termes pour le reste : C.A., n° 42/2003, 9 avr. 2003, précité, sp. B.7.2.

personnes morales n'étaient pas punissables » (B.5.2). Selon la Cour, c'est « parce que cette loi désigne désormais deux auteurs possibles d'une infraction pénale » que la cause exclusive de peine existe. « C'est uniquement en considération de cette dualité d'auteurs d'une même infraction que le législateur a écarté le cumul des responsabilités pénales lorsque l'infraction n'a pas été commise sciemment et volontairement (*Doc. parl.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/6, pp. 10, 11 et 42) » (B.5.1). Surtout, « Il serait illogique pour la Cour d'examiner si le législateur ne viole pas le principe d'égalité en refusant à la personne physique, alors qu'elle est seule punissable, une cause exclusive de peine qui n'a de sens que parce qu'il a instauré un concours de responsabilités » (B.5.2).

40. En somme, la Cour se retranche derrière sa compétence à l'époque limitée aux articles 10, 11 et 24 du titre II de la Constitution pour éviter le problème du droit international. En effet, « Les catégories de personnes mentionnées dans la question préjudicielle n'étant pas suffisamment comparables, même en prenant en compte les dispositions de droit international auxquelles il est fait référence en B.4, la question appelle une réponse négative » (B.6).

Avec le recul, il y a, dans ce dernier paragraphe, des mots lourds de sens : « même en prenant en compte les dispositions de droit international auxquelles il est fait référence en B.4 » ... D'autant que la volonté du législateur est au cœur du raisonnement de la Cour, celle-ci ayant d'ailleurs pris la peine d'écrire, à l'entame de sa décision, que la disposition « n'est contestée que dans la mesure où le législateur n'a pas conféré d'effet rétroactif au deuxième alinéa » (B.1 *in fine* et B.4) ...

Certes, sur ce point, la Cour d'arbitrage est tenue par l'interprétation du juge *a quo*, en l'occurrence conforme à celle retenue par la Cour de cassation, encore que le droit international eût dû dicter une autre interprétation. A notre estime, cependant, ce n'est pas la volonté du législateur qui doit primer en l'occurrence, mais bien l'indivisibilité du système mis en place qui, précisément, conduit au non-sens à retenir une interprétation contraire et *déséquilibré* le système, le rendant disproportionné.

41. Avant d'en venir à l'abrogation implicite des anciens remèdes législatifs « constatée » par la Cour d'arbitrage, il convient encore de mettre en lumière une faille que l'on a cru percevoir dans le raisonnement de la Cour de cassation concernant le critère de l'intervention du législateur en

tant que *ratio legis* de la « règle » de la rétroactivité de la loi pénale la moins sévère qui vaudrait pour l'ensemble des textes la consacrant, en ce compris l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il n'est cependant pas permis, dans le cadre de la présente contribution, d'entrer dans le détail de la « doctrine jurisprudentielle » relative à l'application de la loi dans le temps.

41.1. Dans ses conclusions conformes précédant l'arrêt du 3 octobre 2000, dont on peut dire qu'elles ont pour le moins inspiré la position de la Cour, Monsieur l'avocat général DE SWAEF faisait état de cette *ratio legis* en lien direct avec l'article 2, alinéa 2 du Code pénal. Les deux arrêts de la Cour, cités par lui comme des références essentielles dans ce cadre, mentionnent en tous cas directement cette disposition¹¹⁰. Il s'agit d'un arrêt du 17

¹¹⁰ « L'effet non rétroactif de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal s'accorde à la *ratio legis* de la règle selon laquelle la loi pénale la moins sévère a un effet rétroactif. La justification de cette règle est que la contrainte pénale qu'exerce l'Etat ne peut être plus importante que ce que l'Etat estime nécessaire au moment de la répression lorsqu'il ne s'avère pas que la nécessité de répression des faits perdure (Cass., 17 nov. 1993, R.G. 417, n° 466 ; P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd. Vaststelling en beoordeling van temporele functies*, dans A.P.R., n° 95, p. 62). A l'inverse, lorsque la nouvelle loi s'inspire uniquement de la considération que la protection de la société, que garantissait la répression de certains faits sous l'empire de l'ancienne loi, ne requiert désormais plus la répression de tels faits lorsqu'ils sont survenus dans le courant de la période subséquente, il n'y a aucune raison de ne plus appliquer l'ancienne loi pénale aux faits qui se sont produits sous l'empire de cette loi : la nécessité de répression disparaît uniquement pour l'avenir. La Cour a décidé, dans un arrêt du 12 juin 1922, ce qui suit : « Attendu qu'en principe toute infraction pénale doit être punie des peines prévues par une loi existant déjà au moment où l'infraction est commise ; Attendu qu'une dérogation à ce principe a été introduite par l'article 2, § 2, du Code pénal, lorsqu'une loi nouvelle frappe l'infraction d'une peine plus légère que celle qui était portée au temps de sa perpétration ; que si, par application de la même règle, les faits auxquels le législateur enlève postérieurement leur caractère pénal, échappent à toute répression, c'est à la condition que l'intention non douteuse du pouvoir législatif ait été de renoncer à toute répression pour le passé comme pour l'avenir » (Pas. 1922, I, 204. J. CONSTANT, *o.c.*, 118). Monsieur l'avocat général Depelchin a résumé la doctrine de la Cour au sujet de l'application à l'incrimination du principe de rétroactivité de la loi la moins sévère dans la mercuriale qu'il a prononcée lors de la séance solennelle du 1^{er} sept. 1965, en ces termes : « De latere wet is minder streng, wanneer zij het karakter van misdrijf van een feit doet wegvallen, of wanneer zij aan de elementen, welke de vroegere wet eiste om een feit als misdrijf aan te merken, een nieuw element toevoegt. De latere, minder strenge wet werkt alleen terug indien de vroegere wet niet gepast was, zelfs op het tijdstip dat zij genomen werd, ofwel indien de wetgever de wil heeft geuit voor het verleden af te zien van de bestraffing die zij behelste. Deze wil wordt niet vermoed. De aard van de opgeheven wet kan zelfs de tegengestelde wil doen vermoeden (...) » (Considérations quant à l'article 2 du Code pénal (Bull. 1965, plus spécialement p. 29). Cette doctrine est

novembre 1993¹¹¹ et d'un plus ancien du 12 juin 1922¹¹², confortés par la mercuriale déjà citée de l'avocat général DELPECHIN relative à

également applicable à la disposition légale critiquée qui, bien qu'elle ne comporte pas de modification de l'incrimination, modifie néanmoins la possibilité de répression par l'instauration d'une cause d'excuse exclusive de peine. Le législateur n'a jamais exprimé la volonté de renoncer pour le passé à la répression qui était possible sous l'empire de l'ancien règlement. La volonté dans l'autre sens peut par contre être présumée. Non seulement l'application de la nouvelle loi à des faits antérieurs entraînerait l'impunité dans certains cas. De surcroît, il ressort, comme il a été dit, de l'article 5 du Code pénal, que la cause d'excuse exclusive de peine a été instaurée en fonction de la possibilité de répression de la personne morale, de sorte qu'il serait contraire à l'intention du législateur d'appliquer cette cause d'excuse lorsque cette possibilité de répression n'existe pas dans le chef de la personne morale » (*ibid.*, pp. 1459 et 1460).

¹¹¹ Cass., 17 nov. 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 958, sommaire et note 1. En l'espèce, la rétroactivité est acquise eu égard aux conditions d'application de l'indemnité à prononcer d'office en matière de tenue de documents sociaux, conditions modifiées entre les faits et le jugement en faveur du prévenu.

¹¹² Cass., 12 juin 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 204 et note 1. La portée de ce second arrêt est toute relative dès lors qu'il concerne une hypothèse très particulière, celle d'une réglementation de circonstance, temporaire et successive, dans laquelle une jurisprudence constante a estimé devoir maintenir la répression durant ces circonstances, à défaut d'une volonté législative claire en sens contraire. L'attendu de principe cité par le ministère public dans l'arrêt du 3 octobre 2000 tranche, à cet égard, avec le dispositif de l'arrêt qui concerne un arrêté royal du 25 novembre 1920 ayant coordonné les prescriptions réglementaires existantes sans proclamer l'inutilité de la répression des faits relevés par le juge du fond. Dès lors, selon la Cour, « il ne s'agit pas ici d'un changement de législation justifiant l'abandon des poursuites et l'acquiescement des demandeurs, mais de la transgression d'une réglementation dont les mesures d'exécution temporaires et successives ne sont pas soumises au principe de l'article 2, §2 du Code pénal » (*ibid.*, 205). En outre, *a contrario*, il faut en déduire l'application de l'article 2, §2 du Code pénal ... ce qui, du reste, paraît conforme à l'assimilation de la cause d'excuse absolutoire au droit favorable rétroactif telle qu'annoncée par le ministère public en début de conclusions ! La note sous l'arrêt du 12 juin 1922 fait d'ailleurs état d'une « présomption d'abrogation de la loi pour le passé » (avec pour exemple Cass., 19 déc. 1910, *Pas.*, 1911, I, p. 53 et pour critère l'inutilité, voire l'injustice, de la répression pour le passé, selon l'autorité compétente) qui n'existerait pas en présence de lois de circonstance, mais ce en vertu du législateur lui-même, en réalité, dont il est relevé qu'il n'aurait pas voulu désarmer à l'égard de ceux qui ont contrevenu à des arrêtés qui étaient nécessaires lorsqu'ils étaient enfreints. Il s'agirait en outre d'un « principe de bon sens ». Rapp. Cass., 12 juin 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 205 et note 1 et les critères d'inutilité et d'injustice ; Cass., 8 janv. 1923, *Pas.*, 1923, I, p. 141 : selon la Cour, « l'esprit de cette réglementation justifiée par l'intérêt général au moment où elle a été enfreinte s'oppose à ce que l'impunité soit assurée aux contrevenants » (*id.*) ; à noter toutefois que l'impunité (terme repris dans les conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 3 octobre 2000) est en l'espèce assurée pour tous et limitée en définitive au futur, en raison des circonstances.

l'application, à l'incrimination, du principe de la rétroactivité de la loi moins sévère¹¹³.

En conclusion, le ministère public déduit de ces trois sources qu'en l'espèce « Le législateur n'a jamais exprimé la volonté de renoncer, pour le passé, à la répression qui était possible sous l'empire de l'ancien règlement. La volonté dans l'autre sens peut, par contre, être présumée »¹¹⁴, sous peine d'impunité et d'incohérence, en quelque sorte, la cause d'excuse absolutoire étant liée à la possibilité de répression de la personne morale. La volonté du législateur, autrement dit, a été de maintenir la répression fidèlement à l'ancien règlement.

41.2. Il se dégage une certaine confusion, de ces développements, qui provient vraisemblablement de l'assimilation de la cause d'excuse absolutoire à l'hypothèse dans laquelle l'incrimination est modifiée (voire supprimée) de manière plus favorable¹¹⁵, en l'occurrence une « dépenalisation », comme il ressort d'ailleurs du début des conclusions¹¹⁶,

¹¹³ En français dans le *J.T.*, 1965, p. 482. Les italiques, ci-dessous, indiquent le passage non cité en néerlandais dans les conclusions. « La loi postérieure est moins sévère quand elle supprime le caractère infractionnel d'un fait, ou quand elle ajoute aux éléments que la loi antérieure exigeait pour qu'un fait constituât une infraction, un élément nouveau. La loi postérieure moins sévère ne rétroagit que si la loi antérieure était inadéquate même à l'époque où elle a été prise, ou si le législateur a manifesté la volonté de renoncer pour le passé à la répression qu'elle comportait. Cette volonté ne se présume pas. La nature de la loi abrogée peut même faire présumer la volonté contraire. Ainsi les dispositions temporaires, prises pour un temps déterminé en raison de circonstances spéciales, justifient légalement la poursuite des infractions commises sous leur empire, même lorsqu'elles ne sont plus en vigueur. Il en est de même des dispositions qui concrétisent successivement la même volonté du législateur de régler une même matière ». A noter la méfiance dont il faut faire preuve à l'égard des raisonnements invoquant la nature des choses. En outre, on peut se demander si la règle, dans ces conditions, est encore générale. Elle est en réalité inversée. S'il peut être accepté que la jurisprudence interprète largement le concept de peine, il est en revanche critiquable de moduler son application selon des critères inventés qui tiennent en définitive à la volonté supposée du législateur. C'est sans doute la raison pour laquelle il est parfois référé au principe tiré de la disposition en ce qui concerne l'incrimination (rem. L. DEPELCHIN, *o.c.*, *J.T.*, 1965, p. 478).

¹¹⁴ *Pas.*, 2000, I, pp. 1459 et 1460.

¹¹⁵ On distingue traditionnellement, en doctrine comme en jurisprudence, selon que l'incrimination, la peine ou la procédure est modifiée. Sur base du principe tiré de l'article 2, alinéa 2 du Code pénal, la jurisprudence se montre beaucoup plus créative dans l'hypothèse de l'incrimination.

¹¹⁶ V. *ibid.*, p. 1457. La jurisprudence citée par l'avocat général et l'extrait de la mercuriale de DEPELCHIN de 1965 (tiré des considérations consacrées à l'incrimination, non à la peine) en témoignent également. La conclusion est limpide :

alors qu'avec la loi du 4 mai 1999, *sensu stricto*, il est seulement dispensé de la peine, s'agissant d'une cause d'excuse absolutoire, et non de la culpabilité¹¹⁷. Or, au sujet de la peine même, le texte de l'article 2, alinéa 2 du Code pénal a le mérite d'être clair et la jurisprudence moins tentée de tergiverser.

C'est peut-être ce qui explique pourquoi la Cour de cassation a pris quelques distances par rapport au raisonnement du ministère public, dans son arrêt du 3 octobre 2000, tout en conservant le résultat proposé. Elle procède de la même manière dans son arrêt du 26 février 2002. La Cour privilégie en effet le nouveau dispositif à propos duquel elle s'interroge sur son application rétroactive ou non. Elle répond par l'affirmative, sauf si l'intention incontestable du législateur a été d'exclure l'application de la cause d'excuse absolutoire, ce qui peut ressortir entre autres du régime instauré par la loi. Tel est incontestablement le cas en l'occurrence, opine la Cour, comme il ressort de la « circonstance »¹¹⁸ que la loi associe la cause d'excuse absolutoire au fait que la personne morale puisse être sanctionnée. La cause exclusive de peine est ainsi réservée aux infractions commises après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

41.3. A notre estime, la part réservée par la Cour à l'intention ou l'objectif du législateur est néanmoins trop belle au regard de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En outre, il faut convenir que la volonté du législateur reste centrale, que l'on postule la volonté de maintenir une ancienne réglementation, sauf intention contraire, ou celle de ne pas donner un effet rétroactif à une nouvelle réglementation. Enfin, le critère du « renoncement à la répression des infractions » pour le passé comme pour l'avenir est par contre directement utilisé par la Cour dans son arrêt du 11 décembre 2002, à la différence des arrêts du 3 octobre 2000 et du 26 février 2002. Il revient, à notre estime, à nier la portée générale de

« Cette doctrine est également applicable à la disposition légale critiquée qui, bien qu'elle ne comporte pas de modification de l'incrimination, modifie néanmoins la possibilité de répression par l'instauration d'une cause d'excuse exclusive de peine » (*ibid.*, p. 1459).

¹¹⁷ Comp. L. DEPELCHIN, *o.c.*, J.T., 1965, p. 478 : « l'excuse n'est pas totalement étrangère à la peine, puisqu'elle a précisément pour effet d'exclure ou de réduire celle-ci ». Tel est d'autant plus le cas, s'agissant de la cause d'excuse établie par la loi du 4 mai 1999, qu'elle dépend d'une comparaison imprévisible des fautes et de leur gravité (d'ailleurs invoquée par la Cour d'arbitrage pour considérer le système comme étant constitutionnel eu égard au principe de légalité) sans aucun préjudice concernant l'incrimination elle-même, à combiner avec l'article 5 du Code pénal.

¹¹⁸ Le terme peut prêter à confusion.

l'article 2, alinéa 2 du Code pénal, fut-ce dans son exception. Dès qu'une loi est moins forte, elle doit être appliquée aux faits non encore jugés mais commis sous l'empire de la loi ancienne. Et point n'est besoin de scruter l'intention du législateur et de vérifier si celui-ci a eu la volonté non douteuse de renoncer à la répression pour le passé, à l'instar de ce qu'il a prévu pour le futur¹¹⁹. Admettre un tel point de vue revient au demeurant à traiter différemment la loi selon qu'elle modifie les peines ou les infractions.

41.4. Cela dit, la tentation était grande de recourir à ce critère dès lors que, par le passé, il a effectivement été fréquemment utilisé par la Cour de cassation y compris pour assurer la continuité de l'ancienne répression en cas d'abrogation, tantôt pour admettre la survie d'arrêtés réglementaires à l'abrogation de lois lorsqu'il peut être déduit des travaux préparatoires ou de l'économie de la nouvelle loi que le législateur a seulement eu pour but de remédier à l'insuffisance de l'ancienne législation (!)¹²⁰, tantôt pour convaincre de la survie de lois abrogées par d'autres lois dont l'ambition réelle – dit-on toutefois – aurait été seulement de la modifier ou remplacer¹²¹ surtout lorsque des peines plus sévères sont prévues^{122 123}.

¹¹⁹ Telle est la voie tracée en jurisprudence par la Cour de cassation depuis le 29 février 1932 en ce qui concerne la rétroactivité de la loi la plus douce relativement à l'infraction, comme l'indique L. DEPELCHIN, *o.c.*, J.T., 1965, p. 481.

¹²⁰ La continuité de la volonté « persistante » du législateur est alors invoquée pour maintenir en vie des infractions prévues par un arrêté pris en exécution d'une loi abrogée mais remplacée par une autre loi prévoyant des peines plus sévères. La formule consacrée est la suivante : en abrogeant ladite loi, la nouvelle loi « n'entendait pas renoncer à la répression des infractions (aux mesures) prévues par la législation antérieure, mais voulait, au contraire, substituer aux dispositions de celle-ci des textes exprimant plus rigoureusement et plus systématiquement la volonté persistante du législateur ». Dans ce sens : Cass., 20 sept. 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 829 et note 2 ; Cass., 15 oct. 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 165 et note 1. Comp. Cass., 24 janv. 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 664 et *R.D.P.C.*, 1965-1966, p. 584 (l'arrêt reprend l'idée, mais pas les termes ici discutés) ; Liège, 25 oct. 1966, *J.T.*, 1967, p. 297 et obs. et Corr. Arlon, 10 oct. 1973, *Jur. Liège*, 1973-1974, p. 164 (lorsqu'une loi « ne renonce pas aux buts de la loi abrogée » mais l'élargit et l'améliore). Rapp. du caractère général « à toujours » de l'arrêté réglementaire non temporaire (note 1 sous Cass., 29 oct. 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 215).

¹²¹ Comme *in* Cass., 26 oct. 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 269 et note 1 : le juge viole les droits de la défense s'il n'informe pas le prévenu de la modification des qualifications et des peines au moment du jugement et ne l'invite pas à se défendre à ce sujet. Il ne motive pas régulièrement et ne justifie pas non plus légalement sa décision s'il ne constate pas que les faits déclarés établis étaient encore punissables à la date du prononcé.

¹²² S'agissant de lois ordinaires ou « durables », par opposition aux lois de circonstance, v. ainsi, sans prétendre à l'exhaustivité, Cass., 9 janv. 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 538 et note 1 et *R.D.P.C.*, 1985, p. 584, impl. : le « but d'adapter la législation » en prévoyant

des peines plus sévères est invoqué, sur base de l'économie de la loi et des travaux préparatoires, pour maintenir les anciennes peines *plus favorables* (la nouvelle loi « ayant le même objet que la loi abrogée et les faits reprochés (...) étant également prévus et punis par les dispositions de (cette loi), ces faits restent punissables ») (« sous réserve de l'article 2 du Code pénal », précise le sommaire). Dans le même sens, la Cour faisant alors expressément état de l'article 2, alinéa 2 du Code pénal, tout en se fondant sur le dispositif de la loi restée identique, à l'exception de peines plus fortes : Cass., 20 juil. 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 1241 et note 2 ; Cass., 20 mai 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 1005 et note 1 ; Cass., 24 juin 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 538 et note 1 (à noter que ces arrêts sont cités par L. DEPELCHIN, *o.c.*, *J.T.*, 1965, p. 481 sous la rétroactivité à la fois de l'infraction et de la peine alors qu'ils conviennent mieux à la peine puisqu'elle est moins forte). Rapp. Cass., 17 avr. 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 875 et note 1 (la répression est conditionnée à la continuité de l'infraction dans le nouveau texte abrogatoire) ; Cass., 20 juin 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 1139 et note 1 : s'agissant d'une loi considérée comme n'étant pas temporaire, rien dans la nouvelle loi « n'indique que le législateur, en abrogeant expressément celle de 1948, aurait voulu limiter à l'avenir seulement les effets de cette abrogation » alors qu'elle ne punit plus le fait reproché. A noter que si les modalités de la réglementation changent, en ce qui concerne l'infraction, ceux qui, avant la modification, avaient enfreint les dispositions modifiées, demeurent punissables après la modification : Cass., 4 juil. 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 222 et note 1 (à supposer qu'en l'espèce seules les modalités aient été modifiées et comp. Cass., 29 févr. 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 87 ; Cass., 26 juin 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 277 et note 2 ; Cass., 18 févr. 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 160 et note 1 ; Cass., 3 juin 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 266 et note 1 (l'arrêt contacte l'absence d'abolition de toute priorité) ; Cass., 10 févr. 1936, *Pas.*, 1936, I, p. 150 et note 2 ; Cass., 12 déc. 1955, *Pas.*, 1956, I, p. 354 et note 1 ; le tout en matière de circulation routière où il s'impose, à l'évidence, de respecter les prescriptions en vigueur au moment de circuler et où la loi détermine la peine restée inchangée) (*contra*, avant revirement, sur base de la règle générale de l'article 2, alinéa 2 du Code pénal en cas d'infraction plus favorable : Cass., 10 oct. 1910, *Pas.*, 1910, I, p. 437, concl. conf. av. gén. E. JANSSENS et note 1 ; Cass., 19 déc. 1910, *Pas.*, 1911, I, p. 53 et note 1 ; Cass., 18 janv. 1926, *Pas.*, 1926, I, p. 180 et note 1 (le fait demeurant toutefois une infraction au regard du nouveau texte)) ; concl. av. gén. L. CORNIL, préc. Cass., 16 oct. 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 31, ici p. 33 (port d'armes nouvellement autorisé moyennant des conditions strictes et sous peine de peines plus sévères). *Idem* du point de vue des arrêtés, v. Cass., 30 avr. 2002, précité : « l'article 2, alinéa 2, du Code pénal ne s'applique pas lorsque, comme en l'espèce, un arrêté d'exécution antérieur est remplacé par un arrêté ultérieur pris en exécution de la même loi sans que la loi elle-même ait été modifiée ; que, dans un tel cas, des faits qui, en vertu de l'arrêt antérieur, étaient punissables au moment où ils ont été commis, restent punissables, même si en vertu de l'arrêt ultérieur pris en exécution de la même loi qui n'a pas été modifiée, ils ne constituent plus un fait punissable au temps du jugement » ; Cass., 21 févr. 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 199 et note 1 ; Cass., 10 déc. 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 276 et note 1 ; Cass., 29 oct. 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 234 et note 1.

En ce qui concerne les lois de circonstance (à propos desquelles l'intérêt général ou social et l'ordre public sont souvent invoqués), rem. la jurisprudence selon laquelle « l'abrogation ou la modification d'une réglementation essentiellement variable et temporaire n'a pas pour effet de rendre la réglementation abrogée ou modifiée sans application aux faits commis alors qu'elle était en vigueur » (Cass., 4 juil. 1949, *Pas.*,

Cependant, la tradition de la Haute juridiction ne suffit pas. Il convient, désormais, de respecter l'évolution du droit.

42. Tout ce qui précède nous conduit à préférer les termes utilisés par la Cour de cassation dans son arrêt du 19 novembre 2003 (qui n'aborde toutefois pas la difficulté du droit international). Selon la Cour, l'excuse absolutoire introduite par l'article 5, alinéa 2 du Code pénal « n'est

1949, I, p. 502 et note 2 : « l'intention non douteuse du législateur n'a pas été de renoncer à toute répression pour le passé », un texte « annulant et remplaçant » le précédent par substitution ; Bruxelles, 26 mars 1975, *R.D.P.C.*, 1974-75, p. 756).

Dans le sens de l'application de l'art. 2, al. 2 du Code pénal aux dispositions de caractère variable et essentiellement temporaire, les dispositions étant en règle « abrogées et remplacées », par exemple par de nouveaux prix, mais sans référence au non-renoncement à la répression des infractions pour le passé : Cass., 9 juin 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 214 et note 1 ; Cass., 6 mai 1942, *Pas.*, 1942, I, p. 112 et note 4 ; Cass., 13 nov. 1944, *Pas.*, 1945, I, p. 27 et note 1 ; Cass., 2 juil. 1945, *Pas.*, 1945, I, p. 197 et note 1 ; comp. Cass., 11 mars 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 98 et note 1 ; Cass., 24 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 132 et note 1 ; Cass., 17 avr. 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 875 et note 1, *a contr.*

L'absence d'une renonciation et l'inapplication de l'article 2, al. 2 du Code pénal sont parfois combinées comme in Cass., 8 janv. 1923, *Pas.*, 1923, I, p. 141 et note 1 (arrêt-loi prorogé successivement) : « le législateur n'a pas manifesté d'une manière catégorique son intention de renoncer à toute répression pour le passé comme pour l'avenir ; (...) il ne s'agit pas ici d'un changement de législation justifiant l'abandon des poursuites, mais de la transgression d'une réglementation dont les mesures d'exécution variables et temporaires ne sont pas soumises au principe de l'article 2, § 2 du Code pénal ». Dans le même sens : Cass., 12 juin 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 204 et note 1 (arrêt de coordination) ; Cass., 12 juin 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 205 et note 1 (arrêt-loi prorogé successivement) (la Cour insiste sur ce qu'il « ressort à l'évidence que le législateur n'a voulu faire cesser la répression qu'au moment où il jugerait que les circonstances qui la rendaient nécessaire n'existeraient plus », Cass., 17 mai 1926, *Pas.*, 1926, I, p. 377 et note 1, impl. ; Cass., 23 oct. 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 91 et note 1 (disposition légale « provisoire ») ; Cass., 20 juin 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 1139 et note 1, *a contr.* ; Cass., 9 mai 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 1042 et note 1 (pas d'intention de « soustraire » aux sanctions). Rapp. Cass., 20 mars 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 203 et note 1 (répression non supprimée pour le passé) et Cass., 20 oct. 1930, *Pas.*, 1930, I, p. 322 et note 1 ; Cass., 19 juin 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 361 (malgré l'expiration de la délégation au Roi, en l'absence d'abrogation).

Le 4 octobre 1948, la Cour de cassation a même tiré parti de l'abrogation d'une loi temporaire « motivée par la considération que l'approvisionnement du pays en carburant est « désormais » assuré » et de ce que la disposition concernée précisait que les mesures de restriction ne sont « plus » applicables, pour conclure que l'arrêt-loi abrogatoire « n'a abrogé la réglementation préexistante que pour l'avenir, sans renoncer à toute répression pour le passé » (Cass., 4 oct. 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 525, idr). Rapp. Cass., 11 mars 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 98 sur base des mots « sans rétroactivité ».

applicable qu'en cas de concours entre la responsabilité pénale d'une personne morale et celle d'une personne physique identifiée ; (...) cette excuse ne saurait dès lors absoudre l'auteur d'une infraction commise avant que le législateur ait institué et réglé un tel concours ». La Cour de cassation ne fait pas référence à l'intention du législateur, mais bien uniquement au dispositif lui-même.

Tel est au demeurant l'enseignement fondamental que la Cour souhaite que l'on retienne de son premier arrêt du 3 octobre 2000, à en croire le rapport annuel 2002-2003 qui profite de sa publication en 2003 dans la revue de droit pénal et de criminologie pour indiquer qu' « Ayant instauré une cause exclusive de peine pour une infraction commise tant par une personne physique que par une personne morale, au profit de celle des deux qui a commis la faute la moins grave, pour autant que l'infraction ait été commise par négligence par la personne physique, la loi associe la cause exclusive de peine au fait que la personne morale puisse être sanctionnée »¹²⁴.

43. En conclusion de l'application de la loi dans le temps, il faut convenir que le législateur eût gagné à préciser expressément l'absence de rétroactivité de la cause d'excuse absolutoire, au moins dans les travaux préparatoires, au lieu de condamner les juges à raisonner dans le domaine de l'implicite. Mais a-t-il seulement encore le choix, à cet égard, compte tenu de l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques auquel il ne peut pas déroger ... sous réserve du raisonnement proposé ci-dessus. On ne saurait passer sous silence, de ce point de vue, que la jurisprudence classique de la Cour de cassation en matière d'application des lois dans le temps est antérieure à l'émergence réelle de la primauté du droit international. C'est pourquoi, aujourd'hui, l'indivisibilité d'un dispositif, combinée avec le principe d'égalité, est un argument plus solide pour un tel dispositif, car il est d'un autre ordre que celui de la volonté, que celle-ci soit ou non supposée.

CHAPITRE II. - L'ABROGATION IMPLICITE DES ANCIENS REMEDES

44. La deuxième grande question liée à l'application de la loi du 4 mai 1999 dans le temps concerne la portée abrogatoire implicite de celle-ci consacrée par la Cour d'arbitrage dans trois arrêts n° 145/2002, 104/2003 et 27/2004 concernant deux dispositions légales.

¹²⁴ P. 221.

Selon la Cour, il « peut être admis »¹²⁵ que le législateur, en mettant fin à l'impunité des personnes morales, a *implicitement* abrogé une série de dispositions légales antérieures qui imputaient à des personnes physiques déterminées des infractions commises par une personne morale, à défaut de pouvoir s'en prendre à celle-ci.

Un arrêt n° 145 du 15 octobre 2002 abroge de la sorte implicitement – il constate l'abrogation implicite, plus exactement – de l'article 22, § 3 de la loi relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs qui tenait pour responsable de l'infraction de la mise en circulation d'un véhicule automoteur non assuré, l'administrateur, le gérant ou l'associé de la société propriétaire du véhicule.

Ce n'est plus objectivement et raisonnablement justifié, selon la Cour, depuis l'entrée en vigueur du nouvel article 5 du Code pénal, dès lors que celui-ci prévoit de manière générale une responsabilité pénale propre de la personne morale, autonome et distincte de celle des personnes physiques qui ont agi pour la personne morale ou qui ont omis de le faire. En vertu de la nouvelle législation, en effet, une personne physique ne peut être condamnée en même temps qu'une personne morale que si elle a agi « sciemment et volontairement ». Lorsque le juge pénal constate qu'une infraction involontaire a été commise simultanément par une personne physique et une personne morale, il ne doit condamner que la personne qui a commis la faute la plus grave.

Deux autres arrêts ont tenu un raisonnement similaire à propos de l'article 67ter des lois coordonnées le 16 mars 1968 relatives à la police de la circulation routière. Cette disposition désignait la personne physique représentant la personne morale comme responsable de la communication de l'identité du conducteur ou de la personne responsable du véhicule lorsqu'une infraction à cette loi est commise avec un véhicule immatriculé au nom de cette personne morale. Il s'agit de l'arrêt n° 104/2003 du 22 juillet 2003¹²⁶ et de l'arrêt n° 27/2004 du 11 février 2004¹²⁷, tous deux quasi identiques au précédent.

¹²⁵ Car la solution inverse ne serait « pas objectivement et raisonnablement justifiée » dès lors que l'article 5 du Code pénal prévoit de manière générale une responsabilité pénale propre de la personne morale (C.A., n° 145/2002, 15 oct. 2002, précité, B.3.3).

¹²⁶ Précité. De l'aveu même du Conseil des ministres, faut-il préciser, la disposition en cause aurait été abrogée par l'article 5 du Code pénal « de manière implicite mais certaine » (A.2). La Cour n'en a pas moins pris le temps de la précision en reprenant quasi mot pour mot le « contenu normatif » du précédent arrêt (en ce compris le mot

45. Une telle interprétation conciliante¹²⁸, mais implicitement abrogatoire des textes, nous paraît contraire à la sécurité juridique et au principe de légalité en matière pénale dont la Cour européenne des droits de l'homme a déduit, à partir de l'article 7 de la Convention, les principes de prévisibilité et d'accessibilité du droit¹²⁹.

Il faut préciser qu'avant les arrêts de la Cour d'arbitrage, même les spécialistes du droit pénal considéraient qu'aucune abrogation n'avait eu lieu¹³⁰ et qu'après le premier arrêt de la Cour d'arbitrage en sens

« immunité », inadéquat dès lors que la Cour de cassation a interprété le dispositif comme emportant une cause d'excuse absolue ou exclusive de peine). En outre, une référence aux travaux préparatoires de la disposition concernée est venue parfaire la justification selon laquelle l'imputation légale organisée n'était nécessaire que pour remédier à l'absence de la responsabilité pénale propre des personnes morales pour le non-respect d'obligations qui leur ont été imposées (B.6).

127 Précité.

128 Il s'agit en effet d'une interprétation conciliante des textes, permettant de sauvegarder la cohérence du système et surtout d'éviter une censure par la Cour d'arbitrage sur base des principes d'égalité et de non-discrimination, tout en étant fondée sur le caractère « inconciliable » de deux normes de même niveau. Seule « l'interprétation abrogatoire » permet en effet de conclure à l'inexistence de la différence de traitement invoquée et, partant, au défaut d'objet de la question préjudicielle. Les requérants reprochaient à la disposition querellée de pénaliser purement et simplement les administrateurs, gérants ou associés de la personne morale propriétaire du véhicule non assuré, tandis que l'article 5 du Code pénal, qui règle la responsabilité pénale des personnes morales, ne prévoit de poursuivre une personne physique que si, en cas de délit intentionnel, celle-ci a commis la faute sciemment et volontairement et, en cas de délit involontaire, que si la personne physique a commis la faute la plus grave. Il est cocasse de relever que l'interprétation conciliante se fonde ici sur le caractère « inconciliable » de deux normes (le terme est utilisé par la Cour de cassation, comme indiqué *infra*).

129 Dans ce sens et de manière plus approfondie, v. M. NIHOUL, « Contre l'abrogation implicite en matière de responsabilité pénale des personnes morales au nom de la sécurité juridique », *C.D.P.K.*, 2004, sp. n° 3 et 4, pp. 56 à 59. Rem. déjà, du même auteur, *o.c.*, *R.D.P.C.*, 2003, pp. 803 à 805, p. 804, note 12. Ces principes présentent ceci de profondément paradoxal qu'aucun texte, en l'occurrence, ne prescrit expressément les exigences de qualité que doit présenter le texte légal, exigences parmi lesquelles, pourtant, figure précisément l'impératif de prévisibilité...

130 La loi du 4 mai 1999, autrement dit, n'avait pas eu pour effet de faire disparaître les incriminations pour lesquelles le législateur avait prévu un mécanisme d'imputation légale ou conventionnelle. V. A. MASSET, *o.c.*, *J.T.*, 1999, n° 14, p. 657 ; P. TRAEST, *o.c.*, *T.R.V.*, 1999, p. 461 ; H. VAN BAVEL, *o.c.*, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 216 ; A. DE NAUW et F. DERUYCK, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen », in *CBR-Jaarboek 1999-2000*, I, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, pp. 25 et 26 ; A. DE NAUW et F. DERUYCK, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 902 ; comp. P. WAETERINCKX, *o.c.*, *R.W.*, 2000-01, p. 1226 ; J.-F. TERLINDEN, *in o.c.*, 2001,

contraire¹³¹, ils éprouvaient encore des difficultés à en mesurer la portée^{132 133}. Même le législateur s'y est trompé en promulguant le 2 août 2002, soit un mois après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, une loi établissant un système d'imputation conventionnelle dérogeant manifestement à l'article 5 du Code pénal¹³⁴... Que dire alors du simple

p. 81. Dans le même sens : P. WAETERINCKX, « La responsabilité pénale, un risque maîtrisable pour l'entreprise ? La délégation de pouvoirs en droit pénal », *R.D.P.C.*, 2003, pp. 434, 435 et 438 et *in o.c.*, 2003, p. 189 et la jurisprudence inédite citée note 26 ; Corr. Liège, 28 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1331.

131 Dans l'arrêt C.A., n° 128/2002, 10 juil. 2002, précité, antérieur aux trois autres, on peut en effet lire, en guise de préalable consacré aux faits et procédures antérieures, que « Le Tribunal observe que l'article 5 du Code pénal (...) n'a pas eu pour effet de faire disparaître les incriminations qui ont recours au mécanisme de l'imputation légale » (infractions à la législation sociale en l'occurrence attribuées à « l'employeur, ses préposés ou mandataires »). La Cour ne répond pas vraiment à cette observation en déclarant que la disposition « doit se combiner avec celles qui déterminent, pour chaque infraction, à quelles conditions une personne peut être condamnée » (B.6.9).

132 V. les réflexions et suppositions de P. WAETERINCKX, *in o.c.*, 2003, pp. 191 à 194 concernant l'hypothèse spécifique de la « double imputation légale » lorsqu'une seule des deux imputations, isolée dans une disposition séparée, est invalidée par la Cour d'arbitrage, et ce compte tenu de l'objet limité du contrôle. Le cas échéant, il est encore ajouté à l'incertitude : la seconde imputation (du moins lorsqu'elle peut s'interpréter comme désignant une personne morale et non seulement une personne physique) doit-elle être considérée comme abrogée de manière tacite ou, au contraire, être interprétée comme il vient d'être suggéré ? A raison, l'auteur indique la voie de la conciliation comme solution. L'abrogation implicite doit être limitée à la mesure de l'incompatibilité, surtout en matière pénale où la responsabilité d'une personne est en jeu dans les deux cas, fut-elle une personne morale dans le second. L'incompatibilité consiste, en l'occurrence, dans la correction légale canalisant la responsabilité pénale sur une personne physique exclusivement, c'est-à-dire lorsqu'elle a pour effet d'empêcher la responsabilité pénale d'une personne morale conformément à l'article 5 du Code pénal. V. aussi S. ROMANIELLO et P. WAETERINCKX, *in* J. VAN STEENWINCKEL et P. WAETERINCKX (éd.), *o.c.*, 2^e éd., 2004, pp. 31 et 32 où les auteurs concluent à une abrogation implicite exceptionnelle.

133 On peut d'ailleurs se demander si l'abrogation implicite s'étend également aux mesures de sûreté prévues par des lois antérieures à remplacer par les nouvelles peines complémentaires de l'article 7bis du Code pénal mais qui requièrent une (nouvelle ?) intervention du législateur. Comp. proposition de loi M. DARDENNE et F. TALHAOU, 12 févr. 2003, *o.c.*, *Doc. parl.*, Ch., s.o. 2002-03, n° 50-2287/001, p. 5.

134 V. dans ce sens P. WAETERINCKX, *in o.c.*, 2003, pp. 193 et 194 (sous réserve de l'interprétation à venir en jurisprudence) pour qui le mécanisme d'imputation conventionnelle établi par la loi du 2 août 2002 modifiant notamment le Code des sociétés et ajoutant en l'occurrence un §2 à l'article 61 dudit code, semble empêcher la responsabilité pénale de la personne morale administrateur, gérant ou directeur. A défaut, le nouveau texte dérogerait en tous cas au premier alinéa de l'article 5 du Code pénal selon lequel la responsabilité pénale de la personne morale est limitée aux infractions « dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son propre compte » (à supposer toutefois qu'elles ne puissent pas être rattachées, le cas

citoyen livré aux affres d'une argumentation juridique aussi complexe qu'ésotérique ?

46. Le critère avancé par la Cour d'arbitrage est d'ailleurs tout sauf rassurant de ce point de vue. Pour déterminer si une législation antérieure est ou non incompatible avec le nouvel article 5 du Code pénal, il faut :

- d'abord s'assurer qu'elle est bien antérieure à l'article 5 ;

- ensuite déterminer, de préférence sur base des travaux préparatoires¹³⁵, si le législateur a voulu engager la responsabilité personnelle des personnes qu'il vise en raison de leur responsabilité particulière ou de leur qualité particulière ou, au contraire, selon qu'il n'a procédé à une imputation légale que pour remédier à l'absence de la responsabilité pénale propre des personnes morales pour le non-respect d'obligations qui leur ont été imposées¹³⁶. Auparavant, selon la Cour, la personne morale ne pouvait en effet pas, en tant que telle, être elle-même sanctionnée et l'infraction commise par une personne morale était imputée à des personnes physiques déterminées. Dans de nombreux cas, le législateur a donc lui-même désigné les personnes responsables.

47. A noter que c'est la portée générale de l'article 5 du Code pénal qui permet de tirer une telle conclusion. D'une part, selon la Cour, en vertu de cette disposition et de l'article 100 du Code pénal, la responsabilité pénale propre des personnes morales s'applique en effet « à toutes les infractions », sauf disposition contraire dans les lois pénales particulières, dans un cas particulier, et à la condition qu'existe une justification objective et raisonnable à cet égard. D'autre part, l'intention du législateur identifiée par la Cour est de mettre fin à « l'impunité » des personnes morales et d'exclure le cumul des responsabilités, sauf lorsque la personne physique a commis la faute sciemment et volontairement : de la sorte, le

échec, aux infractions « intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts ». Comp. O. CAPRASSE, « Personne morale administrateur et comité de direction », *D.A.O.R.*, 2002, n° 16, pp. 332 et 333 évoquant le sort moins favorable (discriminatoire ?) du représentant permanent personne physique dont la responsabilité pénale s'apprécierait directement, comme s'il était administrateur, gérant ou membre du comité de rédaction, mais sans modification pour la personne morale à propos de laquelle la loi serait muette.

¹³⁵ Ce qui n'est pas toujours possible, comme dans le premier cas à l'origine de l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 145/2002 ...

¹³⁶ C.A., n° 145/2002, 15 oct. 2002, précité, B.3.2.

législateur « lie donc l'immunité de la personne physique à la responsabilité de la personne morale »¹³⁷.

Dès lors que le raisonnement est de la sorte construit autour de la volonté du législateur, les cours et tribunaux aussi, Cour de cassation en tête, sont fondés à retenir, en toute liberté¹³⁸, une telle interprétation ; à condition toutefois de ne pas lier cette interprétation à l'inconstitutionnalité d'une norme de valeur législative, puisque ce contentieux relève de la compétence exclusive de la Cour d'arbitrage.

48. Il demeure néanmoins que la situation du citoyen belge est préoccupante, désormais confronté qu'il est à un véritable « système de l'interprétation conciliante abrogatoire », appelé à être utilisé au coup par coup par la Cour d'arbitrage pour mettre de l'ordre dans la législation pénale, consécutivement à l'établissement de la responsabilité pénale des personnes morales¹³⁹. Une telle situation est manifestement contraire aux principes d'accessibilité et de prévisibilité du droit pénal, surtout durant le laps de temps qui précède la décision de la Cour d'arbitrage à propos d'une législation déterminée et durant lequel l'incertitude ou l'insécurité sont à leur paroxysme. Le citoyen doit alors lui-même apprécier la compatibilité ou « conciliabilité »¹⁴⁰ d'un texte nouveau avec ceux qui le précèdent et qui procèdent en sus de lois particulières¹⁴¹, le tout sur base, de préférence, des

¹³⁷ *Ibid.*, B.4.1. Le terme « immunité » n'est pas heureux dès lors que la Cour de cassation a interprété le dispositif comme emportant, dans le chef de la personne physique, une cause « d'excuse absolutive » ou « exclusive de peine » (selon la terminologie, en règle, des chambres francophone et néerlandophone), quant à elle sans préjudice d'une responsabilité civile éventuelle. V. sur ce point *supra*, note 91.

¹³⁸ Du moins tant que la Cour d'arbitrage ne s'est pas expressément prononcée à l'égard d'une loi déterminée qu'il conviendrait *apparemment* d'appliquer.

¹³⁹ Pour avoir une idée plus précise des lois concernées, v. sp. F. DERUYCK, *o.c.*, *J.T.*, 1997, pp. 702 à 704 ; P. WAETERINCKX, *in o.c.*, 2003, pp. 191 à 194.

¹⁴⁰ Le caractère « inconciliable », pour utiliser le terme notamment retenu par la Cour de cassation dans un arrêt du 18 févr. 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 585 (le terme « incompatible » est privilégié dans le sommaire).

¹⁴¹ A cet égard, l'article 6 du Code pénal, situé juste entre le principe de la responsabilité pénale des personnes morales inséré à l'article 5 et les peines applicables aux infractions commises par les personnes morales à l'article 7bis, prescrit pourtant de manière générale que « Les cours et tribunaux continueront d'appliquer les lois et règlements particuliers dans toutes les matières non réglées par le présent code » ... Il faut y voir la confirmation de l'adage « *lex specialis derogat generalis* », auquel la Cour d'arbitrage a toutefois préféré un autre adage, « *lex posterior derogat prior* », au nom du principe d'égalité et de non-discrimination et de la volonté du législateur.

travaux préparatoires¹⁴², dont on reconnaît en même temps qu'ils sont contradictoires¹⁴³ et rarement consultés par les juges¹⁴⁴ !

Or, selon la Cour européenne des droits de l'homme, la loi pénale n'est suffisamment claire que « lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »¹⁴⁵. Sans oublier que le principe de légalité formulé

¹⁴² V. sur ce point M. NIHOUL, *o.c.*, C.D.P.K., 2004, p. 59.

¹⁴³ Rem. sur ce point C.A., n° 128/2002, 10 juil. 2002, B.2, cité sous forme d'extrait en introduction, note 18.

¹⁴⁴ Un membre de la commission de la justice remarquait étonnamment à cet égard que « les juges pénaux consultent rarement les documents des travaux préparatoires du Parlement. L'on a dès lors tout intérêt à ce que le texte de loi soit clair » (Proposition de loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/6, p. 28).

¹⁴⁵ V. (de manière générale sur <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>) C.E.D.H., arrêt C.R. c. Royaume-Uni, 22 nov. 1995, req. 20190/92, §§ 33 et 34 ; arrêt S.W. c. Royaume-Uni, 22 nov. 1995, req. 20166/92, §§ 35 et 36. Pour reprendre les termes utilisés par la Cour, ici en ce qui concerne l'infraction, « La Cour a donc indiqué que la notion de « droit » (« law ») utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention, notion qui englobe le droit écrit et non écrit et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité (voir l'arrêt Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni du 13 juil. 1995, série A n° 316-B, pp. 71-72, § 37). Aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. D'ailleurs il est solidement établi dans la tradition juridique (...) des (...) Etats parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible ».

Dans le même sens : C.E.D.H., arrêt E.K. c. Turquie, 7 févr. 2002, req. 28496/95, §§ 51 à 53 ; arrêt K.-H.W. c. Allemagne, 22 mars 2001, req. 37201/97, § 45 ; arrêt Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne, 22 mars 2001, req. 34044/96 et autres, § 50 ; Cantoni c. France, 15 nov. 1996, req. 17862/91, § 29. A noter qu'aucun des arrêts ne conclut à une violation sur ce point. La légalité (incontournable) de catégories générales par le législateur, au lieu de réglementations exhaustives, s'apprécie donc en termes d'accessibilité et de prévisibilité. *Rappr.* C.E.D.H., arrêt Coëme et autres c. Belgique, 22 juin 2000, req. 32492/96 et autres, § 145 en matière de prescription ; décision Schimanek c. Autriche, 1^{er} févr. 2000, req. 32307/96 ; arrêt Erdogdu et Ince c. Turquie, 8 juil. 1999, req. 25067/94 et 25068/94, § 59 ; arrêt Baskaya et Okcuoglu c. Turquie, 8 juil. 1999, req. 23536/94 et 24408/94, § 36 ; arrêt Grigoriades c. Grèce, 25 nov. 1997, req. 24348/94, §§ 48 et 50.

en droit belge, par les articles 12 et 14, al. 2 de la Constitution, est nettement plus strict du point de vue de la marge d'interprétation laissée au juge, s'agissant d'un système juridique continental de la famille romano-germanique avant tout fondé sur la loi ou la règle de droit écrite et sur le principe de la séparation de tous les pouvoirs¹⁴⁶.

Dans les deux cas, en toute hypothèse, il ne saurait pas être légitime de requérir, même de la part d'un juriste averti, qu'il se réfère systématiquement aux travaux préparatoires d'une loi pour adapter son comportement. Ce serait abusif, compte tenu du critère de l'accessibilité, précisément. Même en présence d'éléments de jurisprudence, encore l'interprétation qui en résulte doit-elle être suffisamment fixée, prévisible, précise et conforme au texte, selon la jurisprudence européenne, sous peine de conduire à un « principe ou une protection de dupe » pour le particulier¹⁴⁷. L'accessibilité et la prévisibilité du droit ne sont pas

Il s'agit d'une conception matérielle et non formelle de la légalité, à propos de laquelle on consultera utilement P. ROLLAND, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, pp. 294 à 296 (article 7) ; P. VAN DIJK et G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3^e éd., The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 480 à 484 (article 7) ; D. SPIELMANN, « Principe de légalité et mise en œuvre communautaire », *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 689 à 711 (obs. sous l'arrêt Cantoni cité ci-dessous) ; sp. C.E.D.H., arrêt Kruslin c. France, 24 avr. 1990, req. 11801/85, § 29 concernant la notion de loi incluant à la fois les textes de rang infralégislatif et la jurisprudence, y compris dans les droits continentaux. *Adde* sp. C.E.D.H., arrêt Sunday Times c. Royaume-Uni, 26 avr. 1979, req. 6538/74, § 49, arrêt Silver et autres c. Royaume-Uni, 25 mars 1983, req. 5947/72 et autres, § 88 et arrêt Malone c. Royaume-Uni, 2 août 1984, req. 8691/79, § 66 : on ne peut considérer comme une loi (au sens des articles 8 et 10 de la Convention) « qu'une norme énoncée avec suffisamment de précision pour permettre à un citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé ».

¹⁴⁶ V. M. NIHOUL, *o.c.*, J.T., 2004, p. 6, n° 9 ; du même auteur, *o.c.*, C.D.P.K., 2004, p. 59 et *o.c.*, C.D.P.K., 2004, à paraître, n° 2.

¹⁴⁷ M. VAN DE KERCHOVE, in Y. POULLET et H. VUYE (éd.), *o.c.*, 2001, pp. 314 et 319, indique cependant, à cet égard, que la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas toujours limitée à accepter une interprétation jurisprudentielle constante en n'hésitant pas à se référer, dans certains arrêts, à l'existence d'une interprétation jurisprudentielle divisée (une jurisprudence de la Cour de cassation non suivie par certaines juridictions de fond, dans l'arrêt Cantoni précité) voire isolée et évolutive (dans l'arrêt S.W. c. Royaume-Uni précité), consacrant, dans ce dernier cas, une entorse au principe de non-rétroactivité. V. S. VAN DROOGHENBROECK, « Interprétation jurisprudentielle et non-rétroactivité de la loi pénale », *Rev. trim. dr. h.*, 1996, pp. 463 à 479 (obs. sous l'arrêt S.W. c. Royaume-Uni) ; R. KOERING-JOULIN, « Pour un retour à une interprétation stricte ... du principe de la légalité criminelle (à

réservées au droit pénal mais, combinées avec le principe de légalité, elles doivent être renforcées dans cette matière particulièrement sensible en termes de droits et libertés¹⁴⁸.

49. En l'occurrence, le procédé est d'autant plus regrettable en matière de responsabilité pénale des personnes morales que le législateur lui-même, aidé en cela par la section de législation du Conseil d'Etat¹⁴⁹, avait expressément reconnu son obligation *juridique* - constitutionnelle et européenne - de préciser la portée de la loi sur les anciens remèdes, directs ou indirects, à feu l'irresponsabilité pénale de la personne morale¹⁵⁰, et qu'il s'était formellement engagé à le faire¹⁵¹, promesse qu'il a clairement omis de respecter dans la précipitation des élections ...

propos de l'article 7, 1° de la Convention européenne des droits de l'homme) », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1995, pp. 247 à 254, l'auteur craignant l'abaissement paradoxal du seuil de l'exigence démocratique concernée, prônée, selon elle, not. par M. DELMAS-MARTY, « Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, sp. pp. 153 à 155. Rem. récemment, concernant la jurisprudence contradictoire quant au délai d'introduction d'un recours jugée contraire au droit d'accès à un tribunal, C.E.D.H., arrêt *Vodarenska c. Rép. tchèque*, 24 févr. 2004, req. 73577/01, §§ 34 et 36.

148 V. sur ce point M. NIHOUL, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2004, n° 4, p. 59, note 27. *Adde.* n° 5, pp. 59 à 61 au sujet de la banalisation de l'abrogation implicite ou tacite en doctrine pénale et en jurisprudence, alors que le procédé ne peut en aucun cas devenir structurel et est à proscrire, peut-être même plus que celui de la législation par référence, en particulier lorsque la disparition d'une infraction ou d'une peine débouche en réalité sur la création d'une autre infraction ou peine pouvant toucher une autre personne ; ou lorsque, comme dans le cas qui nous occupe, seule la personne poursuivie ou condamnée est susceptible de changer.

149 La section de législation du Conseil d'Etat avait en effet mis en garde le législateur sur le caractère lacunaire du projet dans l'une de ses trois critiques fondamentales destinées à modifier globalement le projet. Elle l'avait invité à compléter sa copie « en vue d'aménager les législations existantes et spécialement celles qui concernent les amendes administratives mises à charge de la personne morale » (*Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/6, p. 123, ici p. 124). En effet, certaines lois frappaient déjà les personnes morales d'amendes dites administratives (sanctions directes) ou contraignaient les personnes morales à payer les amendes pénales auxquelles certains de leurs organes, mandataires, représentants ou préposés étaient personnellement condamnés (sanctions indirectes, car les personnes morales étaient alors « indirectement condamnées »). Il s'agissait, dans les deux cas, de « remèdes », directs ou indirects, à feu l'impunité pénale des personnes morales.

150 V. *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/6, p. 120 et Ch., s.o. 1998-99, n° 2093/2, p. 2.

151 *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1998-99, n° 1-1217/1, p. 11 ; rem. aussi n° 1-1217/6, pp. 34, 44 et 45 ainsi que *Doc. parl.*, Ch., s.o. 1998-99, n° 2093/5, p. 3.

Et dire que ce manquement est susceptible d'entraîner la responsabilité civile de l'Etat - c'est-à-dire notre responsabilité à tous - en cas de préjudice et selon les circonstances ...

Et dire qu'une personne morale pourrait échapper à sa responsabilité pénale en invoquant l'erreur de droit invincible ou l'inapplication d'un texte contraire à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme qui, faut-il le rappeler, a un effet direct en droit belge ... Ceci n'est pas du tout inconcevable, au moins durant la période d'incertitude liée au phénomène jurisprudentiel ou processus d'interprétation conciliante abrogatoire des lois, compte tenu du maintien formel de certaines législations.

Bref, l'intervention du législateur pour préciser la portée concrète de sa règle générale n'est pas seulement souhaitable ou opportune¹⁵². Elle est requise par le principe de légalité et les exigences de qualité de la législation pénale¹⁵³.

50. A noter pour finir que, même si la Cour d'arbitrage s'est chaque fois prononcée en marge d'infractions commises postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, le phénomène de l'abrogation implicite eût pu poser des difficultés analogues à celles soulevées en matière de rétroactivité de la loi la plus douce dès lors que l'abrogation est généralement favorable à la personne physique, à l'instar de la cause d'excuse absolutoire. L'incompatibilité, au cœur de l'abrogation implicite, n'est d'ailleurs pas étrangère à l'indivisibilité plaidée en ce qui concerne l'application de la loi dans le temps. L'abrogation a d'ailleurs été limitée par la Cour d'arbitrage, dans la logique de ce qui précède, à partir de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Mais avec une légitimité qu'il convient d'étayer eu égard à l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹⁵² P. WAETERINCKX, in *o.c.*, 2003, p. 194.

¹⁵³ M. NIHOUL, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2004, p. 62.

CONCLUSION

51. On l'aura compris : le tableau est loin d'être rose concernant le champ d'application de la loi du 4 mai 1999.

S'agissant des personnes, les discriminations sont nombreuses même si, utilement, elles ne peuvent pas être invoquées par tout le monde.

S'agissant des infractions, le problème de l'imputabilité est loin d'être définitivement réglé et la proportionnalité semble faire défaut entre le but visé et les moyens utilisés. Ces deux questions sont d'autant plus dérangeantes qu'elles sont de nature à faire basculer l'ensemble du dispositif dans l'illégalité. Il s'agit avant tout de re-calibrer le dispositif en fonction d'objectifs précis à atteindre.

S'agissant de l'application de la loi dans le temps, la jurisprudence va dans le bon sens, mais la motivation mériterait d'être améliorée. En ce qui concerne la portée abrogatoire implicite de la loi, surtout, des précisions légales sont aujourd'hui indispensables pour se conformer au principe de légalité et aux exigences de qualité de la législation pénale.

A noter que sur ces trois points précis, la législation est en réalité conforme au projet initial, suivi d'une proposition déposée au parlement ... ce qui n'est pas pour réhabiliter le travail parlementaire dans l'estime du citoyen, surtout lorsqu'on sait que bon nombre de critiques avaient déjà été formulées à l'époque en doctrine ou devant le parlement ...

Bref, déjà du point de vue du champ d'application de la loi, il y a du pain sur la planche du législateur fédéral, et, par la force des choses, sur celle des juges aussi. Or, de ce pain-là, on ne saurait pas s'en passer car toutes les questions posées sont des questions de principe : égalité et non-discrimination, non-rétroactivité du droit pénal ou rétroactivité de la peine la plus douce, responsabilité pénale pour faute (*nulla poena sine culpa*), personnalité des peines, légalité et prévisibilité du droit pénal.